

TEMAS JUDICIALES

25 Años

ESCUELA DE LA MAGISTRATURA

PODER JUDICIAL DE SALTA

ROBERT ALEXY - ALBERTO M. BINDER

AÍDA KEMELMAJER - EDUARDO OTEIZA - NÉSTOR SAGÜÉS

FONDO EDITORIAL

Secretaría de Cultura de la Provincia de Salta

AUTORIDADES PROVINCIALES

Gobernador

Dr. Juan Manuel Urtubey

Vicegobernador

Sr. Miguel Ángel Isa

Ministro de Cultura y Turismo

Dr. César Mariano Ovejero

Secretario de Cultura

Prof. Sergio Mariano Bravo

Coordinador General de Cultura

Dr. Santiago Suñer

TEMAS JUDICIALES



25 años de la Escuela de la Magistratura, Poder Judicial de Salta / Robert Alexy ... [et al.]. - 1a ed. - Salta: Fondo Editorial Secretaría de Cultura de la Provincia de Salta, 2017. 218 p. ; 22 x 15 cm.

ISBN 978-987-1929-66-5

1. Poder Judicial. 2. Historia de la Provincia de Salta . I. Alexy, Robert
CDD 366.09

FONDO EDITORIAL
SECRETARÍA DE CULTURA DE LA PROVINCIA DE SALTA

Coordinación editorial: María Eugenia Carante
Diseño y diagramación: Magdalena Paz Posse
Arte de tapa: Carlos Sansone

© 2017, FONDO EDITORIAL | SECRETARÍA DE CULTURA
A4400DMJ Caseros 460
Tels. (0387) 421-5763 / 421-6285
secretariodecultura@culturasalta.gov.ar
Salta-Argentina

ISBN: **978-987-1929-66-5**
Hecho el depósito legal
Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados.

CORTE DE JUSTICIA DE SALTA

Presidente:	Dr. Guillermo Alberto Catalano
Vice-Presidente 1 ^{ro} :	Dr. Ernesto R. Samsón
Vice-Presidente 2 ^{do} :	Dr. Sergio Fabián Vittar
Juez Decano:	Dr. Guillermo Alberto Posadas
Jueces de Corte:	Dr. Abel Cornejo Dr. Guillermo Félix Díaz Dra. Susana Graciela Kauffman

AUTORIDADES DE LA ESCUELA DE LA MAGISTRATURA

Director Académico: Dr. Guillermo Félix Díaz

Vicedirector Académico: Dr. Guillermo Alberto Posadas

CONSEJO ACADÉMICO

Directores:

Departamento de Postgrado y Formación Continua:

Dr. Ignacio Colombo

Departamento Programa de Ingreso al Poder Judicial:

Dra. Bibiana Acuña de Salim

Departamento de Formación de Empleados:

Dr. Leonardo Aranibar

Departamento de Relaciones Institucionales y Extensión Cultural:

Dr. Diego Rodríguez Pipino

Representantes:

Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público de Salta:

Dr. Eduardo A. Barrionuevo (Titular)

Dra. Mercedes Alejandra Filtrín (Suplente)

Asociación de Jueces del Poder Judicial de Salta:

Dr. Benjamín Pérez Ruiz

SECRETARIA GENERAL

Dra. Claudina del Valle Xamena de Canavoso

DELEGACIONES REGIONALES

Distrito Judicial del Norte

Distrito Orán

Dra. Norma Beatriz Vera - Titular

Dr. Marcelo Roberto Albeza - Suplente

Distrito Tartagal

Dra. Sandra Bonari Valdes - Titular

Dra. Sandra Mabel Sánchez - Suplente

Distrito Judicial del Sur - Metán

Circunscripción Metán

Dra. Carolina Poma Salvadores - Titular

Dr. Carlos Alberto Graciano - Suplente

Circunscripción Anta

Dra. Patricia Inés Rähmer - Titular

Dra. Andrea Verónica Viarengo - Suplente

Distrito Judicial del Centro - Cafayate

Dra. María Virginia Toranzos - Titular

Dr. Roberto A. Minetti D'Andrea - Suplente

Hace XXV años y bajo el impulso del entonces Presidente de la Corte de Justicia Dr. Rodolfo J. Urtubey, nació la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de la Provincia de Salta.

Su posterior reconocimiento como una institución de la Constitución, y el prestigio adquirido como consecuencia de una actividad de excelencia en la actualización y el entrenamiento de Magistrados, Funcionarios, empleados judiciales y otros auxiliares de la Jurisdicción, nos alienta a continuar en el esfuerzo de consolidarla como una herramienta imprescindible de la efectividad del servicio de justicia.

Con ese espíritu celebramos este acontecimiento convocando a cinco destacados juristas de renombre internacional que han visitado nuestra Escuela en calidad de disertantes, tanto en cursos regulares como en actividades extraordinarias, para la publicación de un libro que, a la vez que reflejara el quehacer académico desarrollado en estos veinticinco años de historia, abriera hacia el futuro panoramas de investigación que alentasen la discusión en el más alto nivel.

Lo damos en el convencimiento de estar haciendo un aporte al sueño de construir una sociedad democrática perdurable.

Agradecemos la generosidad de estos distinguidos Profesores.

Dr. Guillermo Félix Díaz
Director Académico
Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN HANS KELSEN

por Dr. Robert Alexy

Robert Alexy, jurista alemán, catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel y Dr. h. c. de la Universidad de Alicante (2008) y de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel. Estudió derecho y filosofía en Gotinga. Recibió el Dr. iur. en 1976 con una tesis sobre *Teoría de la Argumentación Jurídica*, y en 1984 obtuvo la habilitación con el libro *Teoría de los Derechos Fundamentales*. La definición de derecho de Alexy es como una mezcla entre el normativismo de Kelsen (mayor influencia del positivismo jurídico) y el naturalismo jurídico o iusnaturalismo de Radbruch (Alexy, 2002), es por ello que su teoría jurídica del derecho se conoce como no positivo. Es autor de numerosas e importantes publicaciones.

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN HANS KELSEN¹

La Constitución juega un rol central en la obra de Kelsen. Esto vale no sólo para sus escritos referidos al Derecho Constitucional y a la jurisdicción constitucional, sino también para sus trabajos iusfilosóficos. La Teoría Pura del Derecho (*Reine Rechtslehre*) de Kelsen es impensable sin la teoría de la construcción escalonada (*Stufenbaulehre*) tomada de Adolf Julius Merkl², y ésta a su vez lo es sin el concepto de Constitución. Siempre que en el sistema jurídico se plantee el interrogante de por qué algo –v.gr., la conocida “orden de un recaudador de impuestos”, en contraposición a la “orden de un gángster”³- vale jurídicamente, al cabo de algunos pasos se llega a la Constitución como el último fundamento jurídico-positivo de la validez del derecho positivo estatal. Si a continuación se pregunta acerca del fundamento de la validez de aquélla, -y no se quiere buscar la justificación de la validez en el Derecho de Gentes, lo que por cierto sólo cambiaría de lugar el problema⁴- se debe abandonar

¹ Robert Alexy, Hans Kelsens Begriff der Verfassung, en Stanley L. Paulson y Michael Stolleis (eds.), Hans Kelsen. Staatsrechtler und Rechtstheoriker des 20. Jahrhunderts, Mohr Siebeck, 2005, pp. 333/352, versión española por Eduardo Roberto Soderó.

² Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre (1911), 2ª. ed., Tübingen, 1923, pp. XV y ss.; comp. al respecto Stanley L. Paulson, On Hans Kelsen's Role in the Formation of the Austrian Constitution and his Defense of Constitutional Review, en: Werner Krawietz/Ota Weinberger/Georg Henrik von Wright, The Reasonable as Rational? Festschrift für Aulis Aarnio, Berlin, 2000, pp. 391 y ss..

³ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2ª. ed., Viena, 1960, p. 8.

⁴ Ibidem, p. 222.

el campo de lo iuspositivamente válido y acudir a una norma que fundamente la validez de las normas jurídicopositivas como norma no positiva (*nichtpositivrechtliche Norm*). Esa es la norma fundamental (*Grundnorm*). La necesidad de ese paso es la fuente de un primer problema en el concepto kelseniano de Constitución: el de la relación entre Constitución y norma fundamental. Este problema gira en torno a la relación de la Constitución con algo que se encuentra fuera del derecho positivo. La contracara de este problema es el de la relación de la Constitución con lo que se encuentra fuera de ella pero todavía dentro del derecho positivo. Ese es el problema de la relación entre la Constitución y el derecho común (*einfaches Recht*). Con estos dos problemas queda determinado el lugar donde debe afirmarse el concepto de Constitución de Kelsen.

El hecho de que el concepto kelseniano de Constitución juegue un rol sistémicamente necesario en la construcción general de la Teoría Pura del Derecho parece *prima facie* hacer indispensable una discusión total de ésta. Tal discusión se alcanza cuestionando la tesis fundamental de Kelsen de que el Derecho –y con ello también la Constitución– consiste en primer lugar de normas, y en segundo lugar de normas de Derecho positivo. Esta tesis fundamental puede ser atacada con dos afirmaciones. La primera postula que lo que una Constitución es en realidad sólo puede entenderse cuando se considera su facticidad. De algo así se trata cuando Carl Schmitt le reprocha a Kelsen que “convierte el *ser* (Sein) o *devenir* (Werden) de la unidad y ordenamiento estatal... en un “*funcionamiento*” (Funktionieren)⁵. La segunda objeción básica no pone el acento en la facticidad de la Consti-

⁵ Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), 5ª. ed., Berlin, 1970, p. 8. (Vide Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Barcelona, 1992, versión española por Francisco Ayala, p. 34 –N. del T.–).

tución sino en su moralidad. A esto alude Schmitt cuando a la normatividad jurídico-positiva kelseniana le contraponen la “normatividad consecuente” del Derecho racional y natural, que por sí sola podría fundamentar un “auténtico *deber ser* (Sollen)”⁶. Es fácil reconocer que en el caso de las objeciones de la facticidad y de la moralidad en verdad se trata de la guerra de dos frentes que generalmente libra Kelsen con su Teoría Pura del Derecho al postular que es posible una normatividad que no puede ser reducida a facticidad ni tampoco debe ser fundada sobre la moralidad.

Habla de la grandeza de la obra de Kelsen el que ella no se derrumbe cuando se quitan pilares que el propio Kelsen ha declarado como básicos. Así se puede adherir a su idea de una norma fundamental y, simultáneamente, discutir su tesis de la separación conceptual entre Derecho y Moral⁷. Lo mismo vale para muchas otras de sus ideas. Esa es la razón por la cual no toda discusión de las tesis kelsenianas debe comenzar antes que nada con un debate completo sobre los postulados básicos de la Teoría Pura del Derecho. El hecho de que se puedan rechazar tesis fundamentales de la Teoría Pura del Derecho y asimismo puedan aceptarse tesis principales de Kelsen, abre la posibilidad de una discusión limitada. Las reflexiones que aquí se exponen se mantienen en los límites de dos cuestiones. La primera consiste en cuál es para Kelsen la naturaleza o el ser o la esencia de la Constitución, y la segunda, cómo determina él la relación entre la Constitución y la norma fundamental.

⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁷ Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2a. ed., Freiburg/München 1994 (reimp. 2002), pp. 167 y ss.; 185 y ss.

I. La esencia del concepto kelseniano de Constitución

En el centro del concepto kelseniano de Constitución existen dos dicotomías: la que se plantea entre la Constitución en un sentido material y en un sentido formal, y la que existe entre la Constitución en un sentido lógico-jurídico y en un sentido jurídico-positivo.

La diferenciación material/formal se encuentra en todo el Derecho. Por cierto que al respecto son observables distintas variantes. Dos son de especial importancia aquí. La primera y más extendida refiere la dicotomía formal/material a la contraposición entre contenido y procedimiento. En el Derecho Constitucional esta dicotomía juega un rol significativo configurada como la diferencia –de la que también se ocupa Kelsen⁸– entre constitucionalidad e inconstitucionalidad formal y material. La constitucionalidad formal presupone la observancia de los preceptos sobre la competencia, el procedimiento y la forma. Estos tres conceptos describen diferentes aspectos de lo procedimental. Ese es el fundamento de por qué en la primera variante el concepto de procedimiento es contrapuesto al de contenido. En el

⁸ Cfr. *Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *VVDStRL 5* (1929), 37. Por cierto que Kelsen le agrega inmediatamente la “limitación” de que “la inconstitucionalidad material también es en esa medida una inconstitucionalidad formal, como una ley que por su contenido está en contradicción con las respectivas disposiciones contenidas en la Constitución pierde la mácula de la inconstitucionalidad si llega a ser una ley constitucional (*Verfassungsgesetz*) (loc. cit). Esa posibilidad de interpretar la inconstitucionalidad material como formal no cambia nada en cuanto a que lo que es interpretado como formal es algo referido al contenido, más precisamente una “contradicción” del “contenido” de una ley con el contenido de una disposición de la Constitución. Esa contradicción de contenido es condición necesaria de una inconstitucionalidad material, pero no es condición necesaria de una inconstitucionalidad formal.

caso de la constitucionalidad material, por el contrario, se trata de si una medida se corresponde o se contradice en su contenido con la Constitución. Es totalmente lógico trasladar esta variante de la dicotomía formal/material al concepto de Constitución. Como características de un concepto formal de Constitución aparecen entonces propiedades tales como: (1) la legalidad a través de alguna forma de autoridad particular, (2) la jerarquía suprema (*Höchsträngigkeit*), (3) la reformabilidad dificultada y (4) el apoderamiento para establecer disposiciones jurídicas, en particular para legislar. Con todo esto aun no se ha dicho nada sobre los contenidos de la Constitución. Ellos recién entran en juego cuando se elabora un concepto material de Constitución. Un concepto tal puede contener, entre otras, cuatro notas que en particular se pueden hacer concretas de maneras muy diferentes: (1) el establecimiento de las estructuras y fines básicos del Estado, (2) la delimitación de las tareas y competencias de los órganos superiores del Estado, (3) la determinación de las relaciones del ciudadano con el Estado a través de la garantía o no-garantía de derechos fundamentales, y (4) el fin de la formación de la unidad política⁹.

⁹ Es fácil reconocer que también este concepto material de Constitución en cierto sentido tiene un carácter formal. El mismo no establece cómo las cuatro dimensiones de la materialidad han de cumplirse, sino que, al contrario, por tal motivo está abierto a manifestaciones tan diversas como un Estado dictatorial de partido único o un Estado democrático pluripartidista. Ambos son concreciones diferentes tanto del concepto formal de Constitución cuanto del material. Las ocho notas tienen en esa medida un carácter abstracto. Por ello es que del concepto abstracto formal y material de Constitución hay que distinguir el concepto concreto de Constitución. Naturalmente que el concepto formal y el material de Constitución, en cuanto conceptos al mismo tiempo abstractos, también se podrían incluir en un concepto formal de Constitución en sentido amplio, y oponerle a éste el concepto concreto

De esta primera dicotomía formal/material hay que distinguir una segunda, que no se orienta a la diferencia entre procedimiento y contenido, sino a la diferencia entre lo esencial y lo accidental. Como ejemplo en Derecho Constitucional puede mencionarse la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal. Leyes en sentido material son todas las normas generales y abstractas, sin importar si ellas se originan en una decisión del Parlamento o no. Por el contrario una ley formal –como por ejemplo un presupuesto– también puede contener normas individuales y concretas, y con ello también normas a las cuales les falta lo que es esencial para las leyes. La propiedad externa de ser establecida como ley por un Parlamento basta para la atribución del predicado “ley formal”. Este ejemplo pone en claro que lo que es material en el sentido de “esencial”, no tiene que ser material en el sentido del “contenido”. Ser general y abstracta es algo formal en el sentido general de la dicotomía formal/material¹⁰.

de Constitución como concepto material de Constitución en sentido restringido. Tal posibilidad es una expresión de la ambigüedad de la dicotomía formal/material. Aquí sólo importa que se debe apelar a un concepto concreto de Constitución para poder responder a la cuestión de si una Constitución es buena o mala, mientras que en el caso del concepto abstracto formal y material de Constitución se trata primariamente de determinar cuándo sobre todo existe una Constitución, ya sea si es buena o mala. Para el análisis de un concepto concreto de Constitución comp. *Peter Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, Tübingen, 2002.

¹⁰ Aquí la formalidad no consiste ni en un carácter procedimental ni en uno accidental sino en que con la propiedad abstracta-general se trata de la estructura de la norma y no de su contenido. De ese modo con la distinción estructura/contenido aparece otra variante de la dicotomía formal/material.

El concepto de Constitución de Kelsen sigue las líneas de la segunda interpretación de la dicotomía formal/material, centrada en la distinción esencial/accidental. Por eso es que la pregunta acerca de qué entiende Kelsen por Constitución en sentido material tiene el mismo sentido que la pregunta sobre qué es esencial en una Constitución para Kelsen.

Al respecto, en la “Teoría General del Estado” de 1925 a primera vista parece tener que ver tanto con lo procedimental como con el contenido, es decir tanto con lo formal como con lo material en el sentido de la primera interpretación de la dicotomía formal/material. Allí escribe que por “Constitución en sentido material” se entiende a aquellas normas que se refieren a los “órganos supremos” y a “la relación de los súbditos con el poder estatal”¹¹. Al menos lo último es material en el sentido de “contenido”. Si se mira más detenidamente se hace claro por cierto que acá Kelsen sólo da cuenta de un concepto de Constitución que al menos en parte es material en el sentido del “contenido”, y que no lo hace propio. Él habla no sólo de cómo se “llegó” a ese concepto “considerado históricamente” y de que esa formación del concepto descansa sobre “siglos de una vieja tradición histórica”¹², sino que también le contrapone a ese producto de la tradición una definición propia según la cual la Constitución en sentido material consiste en “las normas jurídicas referidas a los órganos supremos de la instauración normativa”¹³.

Esa comprensión de la Constitución material como norma/s jurídico-positiva/s suprema/s referida/s a la creación de normas designa como “material” algo que, según la primera comprensión de la dicotomía formal/material, debe calificarse como “for-

¹¹ *Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, p. 252.

¹² *Ibidem*, pp. 252 y sgte.

¹³ *Ibidem*, p. 252.

mal”. Quien califica como “material” algo que también podría llamarse “formal” debe concebir débilmente el concepto de lo formal. En la “Teoría General del Estado” ello se da a través de que el concepto de Constitución en sentido formal es reducido a las leyes que sólo bajo “exigencias más rigurosas (...) pueden ser sancionadas y modificadas”¹⁴. Kelsen califica esto como “forma constitucional” (*Verfassungsform*)¹⁵. Sin dudas que se trata de un criterio formal. Pero como sólo es uno de varios posibles criterios de formalidad, un concepto de Constitución formal que se apoye exclusivamente sobre él es un concepto relativamente débil de Constitución formal.

La ambigüedad de la dicotomía formal/material implica, como toda ambigüedad, el peligro de la confusión. En Kelsen este peligro aparece sobre todo porque él utiliza ambas variantes. La primera variante se traduce no sólo en su distinción entre inconstitucionalidad material y formal. Él también emplea la dicotomía formal/material bien en general en el sentido de la distinción entre contenido y procedimiento¹⁶. En la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho” afirma al respecto que la Constitución que un párrafo antes ha calificado como “Constitución (en el sentido material de la palabra)”, “predominantemente representa derecho formal”¹⁷. Que este doble uso del lenguaje puede causar inconvenientes se evidencia con la mayor claridad en la posibilidad de describir el concepto kelseniano de Constitución en sentido material a través de la siguiente frase, contradictoria según su tenor literal: “la Constitución en sentido material es una Constitución en sentido formal”. La apariencia

¹⁴ Ibidem, p. 253.

¹⁵ Kelsen, *Wesen und Entwicklung* (nota 7), p. 36.

¹⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), pp. 236 y s..

¹⁷ Ibidem, p. 238.

de contradicción recién desaparece cuando a esa frase se le da la interpretación de que “la Constitución en sentido esencial es una Constitución en sentido procedimental”.

La posibilidad de inconvenientes de tal clase puede haber sido la causa de que en su conferencia en el Congreso de Derecho Público de 1928 Kelsen haya considerado “no muy feliz” la calificación de “la regla que determina la creación de las leyes” – según dice allí en buena síntesis- como “Constitución en sentido material”¹⁸. Entonces prefiere la calificación de “Constitución en sentido estricto”, que también emplea en las progresiones de “Constitución en sentido estricto y propio” y del “concepto propio, originario y estricto de Constitución”. Al concepto de Constitución en sentido estricto definido a través de la “creación de leyes” se le contrapone un concepto de Constitución en sentido amplio. Una Constitución será una Constitución en sentido amplio cuando ella no sólo contenga normas sobre la creación de las leyes, sino además normas sobre su contenido. Como ejemplo más importante de esto último Kelsen menciona “un catálogo de derechos y libertades fundamentales”¹⁹. Presupuesto para la pertenencia de tales contenidos a una Constitución en sentido amplio es la “forma constitucional”²⁰, definida a través de la reformabilidad dificultada. Esto también es por cierto la condición de la pertenencia a una Constitución en sentido formal. Con la distinción entre Constitución en sentido estricto y Constitución en sentido amplio no se expresa ninguna nueva dicotomía, sino sólo una nueva calificación para una que ya tenemos.

¹⁸ Kelsen, *Wesen und Entwicklung* (ut supra, nota 7), pág. 36.

¹⁹ Ibidem, p. 37.

²⁰ Ibidem, p. 34.

A pesar de que con esto Kelsen tiene entre manos una nueva terminología que le permite expresar inequívocamente lo que él quiere decir, en escritos posteriores vuelve a colocar en primer plano la vieja dicotomía formal/material, sin perjuicio del mantenimiento de su idea de Constitución en sentido estricto²¹. En la primera edición de la “Teoría Pura del Derecho” ello tiene lugar de un modo desconcertante. Toda la “grada superior jurídico-positiva” de la estructura del ordenamiento jurídico es calificada como “Constitución en el sentido material del término”²². La creación de las leyes ya no es su único objeto, sino sólo su “función esencial”. Además de ello, también podría estar determinado el “contenido de las leyes futuras”, lo que tiene lugar típicamente a través de un “catálogo de derechos y libertades fundamentales”²³. Es notable que el concepto de Constitución en sentido material queda aquí sin oponente. En lugar del concepto de Constitución en sentido formal aparece solamente el concepto de “específica forma constitucional” que, como ya antes, es definido a través de la reformabilidad dificultada²⁴.

Esto es bien distinto en la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho”. El concepto de Constitución en sentido material es limitado expresamente, en una clara definición, a las normas que regulan la creación de normas:

“Aquí la Constitución lo es en un sentido material, es decir: con ese término se entiende la norma positiva, o las normas po-

²¹ Hans Kelsen, Die Funktion der Verfassung, en: Verhandlungen des zweiten österreichischen Juristentages Wien 1964, t. II, Wien o. J., p. 71.

²² Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1ª. ed., Leipzig/Wien, 1934, pp. 74 y s.

²³ Ibidem, p. 75.

²⁴ Ibidem, p. 76.

sitivas, a través de la/s cual/es se regula la creación de las normas jurídicas generales”²⁵.

Como en la “Teoría General del Estado” aparecida 35 años antes, a ese concepto de Constitución calificado como “material” le es opuesto uno formal, que es definido como sigue:

“De la Constitución en sentido material debe ser distinguida la Constitución en sentido formal, que es un documento calificado como ‘Constitución’ que –en cuanto Constitución escrita– no sólo contiene normas que regulan la creación de normas jurídicas generales, es decir, la legislación, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, y además de ello, disposiciones en virtud de las cuales las normas contenidas en ese documento –en la ley constitucional– no pueden ser derogadas o modificadas como las leyes ordinarias, sino sólo bajo condiciones más gravosas en un procedimiento especial”²⁶.

Es fácil reconocer que esta definición de Constitución en sentido formal concuerda con la de 1925 en un punto decisivo: el de la derogabilidad y reformabilidad dificultadas, es decir exactamente en lo que Kelsen llama “forma constitucional”²⁷. La forma constitucional aparece por cierto recién en la segunda parte de la definición, a continuación del único “y” de la complicada frase. Ello da lugar a la cuestión de cómo funciona a su respecto lo que va antes de la “y”, en la primera parte del *definiens*.

La primera parte del *definiens* contiene tres elementos. El primero aparece en la formulación: “es un documento calificado como ‘Constitución’”²⁸. Si esto fuera tomado literalmente, un

²⁵ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2ª. ed. (nota 2), p. 228.

²⁶ Ibidem, p. 228 (cursiva R.A.).

²⁷ Ibidem, p. 229.

²⁸ Ibidem, p. 228.

documento calificado como “Ley Fundamental” (*Grundgesetz*) que sólo se diferenciase en tal calificación de un documento calificado como “Constitución” y fuera de ello coincida en todos sus artículos con ésta, no sería en contraposición a la misma una Constitución en sentido formal. Kelsen no puede pensar esto. Por tal motivo es que su formulación debe ser interpretada en el sentido de que basta con que de alguna manera el documento sea reconocible como Constitución. El primer elemento de la primera parte del *definiens* puede por eso resumirse en que basta con que exista un documento que se entienda como Constitución. En ese sentido una Constitución formal, tal como se dice en la continuación de la definición, es necesariamente una “Constitución escrita”, y en ese sentido, una “ley constitucional”²⁹. Con ello establece, junto a la forma constitucional, a la ley constitucional como segundo elemento definitorio del concepto de Constitución en sentido formal.

El segundo elemento de la primera parte del *definiens* se expresa a través de la formulación: “que (...) no sólo contiene normas que regulan la creación de normas jurídicas generales, es decir, la legislación”³⁰. Apenas puede dudarse de que con “normas” se quiere decir normas del nivel jurídico-positivo supremo. Pero las normas que regulan desde el nivel jurídico-positivo supremo la creación de normas generales no son otra cosa que lo que Kelsen ha calificado como “Constitución en sentido material”. Con la formulación “que (...) no sólo contiene” se dice que la Constitución formal también debe contener normas que conforman una Constitución en sentido material. Pero esto significa que el concepto de Constitución formal incluye el concepto de la material.

²⁹ Ibidem, p. 229.

³⁰ Ibidem, loc. cit.

Con ello queda a la vista una asimetría fundamental, que tiene una significación decisiva para el concepto kelseniano de Constitución. Esa asimetría expresa lo que puede calificarse como “el primado del concepto material de Constitución”. Tal primado se manifiesta en que si bien algo puede ser una Constitución material sin ser al mismo tiempo una Constitución en sentido formal, no puede ser una Constitución formal sin ser al mismo tiempo una material. El que Kelsen considera posible una Constitución meramente material lo demuestran sus observaciones referidas a una Constitución que “ha surgido por medio de la costumbre y no está codificada”³¹. Según Kelsen en ese caso se carece no sólo de una ley constitucional, sino incluso de la forma constitucional. A pesar de ello expresamente habla aquí de una “Constitución material”³².

Lo opuesto de una Constitución meramente material sería una Constitución meramente formal. El primado de la Constitución material tiene como consecuencia el que dicho concepto es vacío. Un ejemplo de Constitución meramente formal sería un catálogo de derechos fundamentales que sea calificado como “Constitución” y contenga una norma que excluya su derogación o modificación, de modo tal que el mismo tenga forma constitucional en su máxima medida. A pesar de la forma constitucional y de la calificación de “Constitución”, Kelsen no hablaría aquí de una Constitución, ni siquiera de una Constitución en sentido formal. Esto sería diferente sólo si el catálogo de derechos fundamentales se uniese con una obra legislativa (*Gesetzeswerk*) que regule el dictado de leyes. Con ambos reunidos se conformaría entonces la Constitución.

³¹ Ibidem, pp. 229 y s.

³² Ibidem, p. 230.

Con esto está claro que el concepto material de Constitución contiene las notas que según Kelsen son esenciales para una Constitución. La forma constitucional, por el contrario, sólo es “accidental”, tal como lo dice en una réplica a la crítica de Carl Schmitt a la teoría de la construcción escalonada³³. Como se ha expuesto, esto también es aplicable a la legalidad constitucional y debería valer incluso para el tercer elemento de la primera parte del *definiens*, el cual dice que una Constitución en sentido formal “también” contiene normas, “que se refieren a otros objetos políticamente importantes”³⁴, con lo que Kelsen alude ante todo a los derechos fundamentales y a las disposiciones sobre el fin y la estructura del Estado. Para Kelsen, una Constitución puede contener algo así, pero no necesariamente debe hacerlo. Si ella contiene tales normas, lo hace sólo en cuanto Constitución formal.

Algo dice que para Kelsen un motivo esencial para la formación del concepto de Constitución en sentido formal reside en entender a los catálogos de derechos fundamentales y a las disposiciones sobre el fin y la estructura del Estado contenidas en muchas constituciones como partes integrantes no de la Constitución en sentido material, pero sí al menos como partes integrantes de la Constitución en sentido formal. Según el tenor literal de la definición en la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho”, una tal inclusión de contenidos materiales en el concepto de Constitución en sentido formal aparece no sólo como posible, sino incluso como necesaria. En ella Kelsen no habla de que una Constitución en sentido formal puede in-

cluir contenidos materiales, sino de que ella los “contiene”³⁵. Por cierto que esto no puede ser tomado literalmente. De otro modo se produciría el peculiar resultado de que una Constitución material que tenga tanto el carácter de una ley constitucional como también la forma constitucional, al mismo tiempo no sería una Constitución en sentido formal mientras no incluya ningún contenido material –en el sentido de la interpretación de la dicotomía formal/material como diferencia entre procedimiento y contenido-, como por ejemplo derechos fundamentales. La materialidad –en cuanto referencia al contenido- llegaría así a ser condición de la formalidad –en cuanto referida a lo procedimental-. Desde luego que este es un problema secundario.

Únicamente es decisivo que lo que Kelsen designa con la expresión “Constitución en sentido material” –expresión que en 1928 estimaría como “no muy feliz”³⁶-, es decir, las normas referidas a la creación de normas que se ubican en el más alto rango jurídico-positivo, es la esencia de su concepto de Constitución. Debajo de la/s “regla/s que establece/n la creación de las leyes”³⁷ se encuentran normas de muy distinta clase. Pero el núcleo de un sistema de reglas tal consiste en una o varias normas de autorización (*Ermächtigungsnormen*^{38*}).

Por ello puede decirse que la esencia de la Constitución según Kelsen es la autorización para el establecimiento de normas y nada más. Todo lo demás a lo sumo viene en segundo lugar.

³³ Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin-Grünwald, 1931, p. 23.

³⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), p. 229.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung* (nota 7), p. 36.

³⁷ Ibidem, loc. cit.

^{38*} La expresión “*Ermächtigung*” es utilizada por Kelsen en el sentido de apoderar o autorizar a un órgano para el dictado de normas, en otras palabras, habilitar o darle poder/competencia a tal fin (N. del T.).

La tesis de la esencialidad del apoderamiento encuentra una confirmación en el posterior trabajo de 1964, dado a conocer por Robert Walter, titulado “La función de la Constitución”. Kelsen utiliza aquí la corriente expresión “función” en un sentido de lo más pretencioso, por el cual alude al “ser de la Constitución” (*Wesen der Verfassung*) o –más específico- al “carácter de Constitución” (*Verfassungs-Charakter*). Se trata con ello de la esencia. Un fragmento central del texto dice:

“Si la validez de la norma inferior se fundamenta a través de la validez de la norma superior, en virtud de que la norma inferior ha sido dictada del modo en que prescribe la norma superior, entonces la norma superior tiene respecto de la inferior *carácter de Constitución*; así el *ser de la Constitución* consiste en la regulación de la creación de normas”³⁹.

Lo que aquí es descrito como “carácter de Constitución” o “ser de la Constitución”, es el resultado de dos abstracciones. La primera consiste en la prescindencia de su jerarquía suprema. El carácter de Constitución no reclama la ubicación en la cima de la construcción escalonada del derecho positivo, sino solamente la relación de la supra e infraordenación, cualquiera sea el nivel. Sólo es decisivo que la validez de la norma inferior descansa en que la superior autoriza a su dictado. Si éste es el caso, entonces la norma superior tiene con relación a la inferior un carácter constitucional. Kelsen habla acertadamente de que para ello el concepto de Constitución es “relativizado”⁴⁰. Se limita a ser un elemento estructural de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, que consiste en la autorización. Ese es el sentido preciso de la tesis ya sostenida en 1928 según la cual el “concepto básico de Constitución sólo es asequible desde la teoría de las

³⁹ *Hans Kelsen*, *Funktion* (nota 20), p. 71 (cursiva de R.A.).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 72.

gradas”⁴¹. La segunda abstracción consiste en la prescindencia de la positividad. En el fragmento citado se trata de las normas en general y no, como por ejemplo en la definición del concepto de Constitución en sentido material de la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho”, de “normas positivas”⁴². De tal modo es posible una Constitución sin positividad. Una Constitución tal es pura autorización. La autorización pura es la máxima abstracción del concepto de Constitución en Kelsen y al final de cuentas.

C. Schmitt ha planteado contra Kelsen la objeción de la “abstracción sin objeto”⁴³, y ciertamente nada habría tenido en contra de aplicar al concepto kelseniano de Constitución también el polémico giro de Nietzsche de las “abstracciones atemorizantes”⁴⁴. Sin embargo la objeción schmittiana de la carencia de objeto sólo acertaría si el concepto kelseniano del carácter de Constitución no tuviese ningún objeto. Pero, como se expuesto, tiene un objeto que es precisamente la autorización para la creación de normas. Por tal razón Schmitt sólo puede sostener que ello sería insuficiente como objeto y que la abstracción sería deficiente o atemorizante. De ese modo el problema de la abstracción en cuanto tal se cambia por la cuestión de la fecundidad de la construcción conceptual adoptada por Kelsen. Ella

⁴¹ *Hans Kelsen*, *Wesen und Entwicklung* (nota 7), p. 36.

⁴² *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (nota 2), p. 228.

⁴³ *Carl Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung* (1931), 4ª. ed., Berlin 1996, p. 39.

⁴⁴ *Friedrich Nietzsche*, *Werke in drei Bänden*, ed. por Karl Schlechta, 9a. ed., München 1982, t. 3, p. 384; cfr. al respecto *Günther Patzig*, “Fruchtbare Abstraktionen”. Zur irrationalistischen Interpretation der griechischen Philosophie in Deutschland der 20er Jahre, en: *Die Krise des Liberalismus zwischen den Weltkriegen*, ed. por *Rudolf von Thadden*, Göttingen 1978, pp. 201 y ss..

consiste en que las abstracciones de Kelsen hacen posible dar un paso que conduce a una profundidad sistemática inalcanzable de otra manera. Tal es el paso de la Constitución en sentido jurídico-positivo a la Constitución en sentido “lógico-jurídico”⁴⁵ o “lógico- trascendental”⁴⁶. Con ello se ingresa al terreno de la segunda dicotomía kelseniana.

II. La abstracción de la norma fundamental

La Constitución en sentido lógico-trascendental o lógico-jurídico es la norma fundamental. Kelsen le ha dado numerosas formulaciones⁴⁷. La más concisa reza: “debe obrarse como la Constitución prescribe”⁴⁸. Según Kelsen esta norma no es ni una norma del derecho positivo ni una norma moral, sino una norma meramente pensada, que necesariamente debe ser presupuesta si la voluntad subjetiva de un constituyente, expresada en el factum de una decisión constitucional, ha de ser entendida como derecho positivo objetivamente válido. El acto constituyente sería, tal como la eficacia social de una Constitución, un hecho meramente social, y en cuanto tal un ser. Si se quiere pasar de ese ser a un deber ser sin poner en juego un deber ser moral, debería presuponerse una norma fundamental que incorpora la categoría del deber ser objetivo o de la validez objetiva. Esa norma no podría ser una norma positiva, pues en cuanto norma

⁴⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), p. 229.

⁴⁶ Kelsen, *Funktion* (nota 20), p. 72.

⁴⁷ Cfr. al respecto *Stanley L. Paulson*, Die unterschiedlichen Formulierungen der ‘Grundnorm’, en *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, ed. por *Aulis Aarnio/Stanley L. Paulson/Ota Weinberger/Georg Henrik von Wright/Dieter Wyduckel*, Berlin 1993, pp. 53 y ss.

⁴⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), p. 204.

positiva ella le debería su validez a la instauración (*Setzung*) y a la eficacia, de suerte que se plantearía nuevamente la pregunta por la norma fundamental. En cuanto última grada en la construcción escalonada del derecho ella sólo podría ser una norma pensada, si se quiere mantener cerrada la puerta a la moral.

Con ello está claro por qué la norma fundamental de Kelsen es calificada primero como “Constitución” y en segundo lugar como “lógico-jurídica” o “lógico-trascendental”. Ella tiene el carácter de Constitución, pues en cuanto norma suprema fundamenta la validez de las normas inferiores respecto de ella, las de la Constitución jurídico-positiva, y tiene un carácter lógico-jurídico o lógico-trascendental porque ella misma a su vez no es establecida, sino que sólo es presupuesta en el conocimiento del Derecho. La expresión “lógico-jurídica” expresa de manera neutral el carácter de un supuesto o presuposición. La expresión “lógico-trascendental” incluye aquélla y además permite reconocer que Kelsen –en todo caso en su fase neokantiana- quiere introducir con la norma fundamental el deber ser como categoría apriorística⁴⁹.

La teoría kelseniana de la norma fundamental es objeto de interminables controversias⁵⁰, y ello no sin razón. Ella conduce a las preguntas de en qué consiste el Derecho y cómo puede ser conocido. Esas preguntas no son otra cosa que casos especiales de las preguntas genuinamente filosóficas de qué existe y cómo algo puede ser conocido. La norma fundamental de ese modo no

⁴⁹ Cfr. al respecto *Robert Alexy*, Hans Kelsen Begriff der relativen Apriori, en: *Neukantismus und Rechtsphilosophie*, ed. por *Robert Alexy/Lukas H. Meyer/Stanley L. Paulson/Gerhard Sprenger*, Baden-Baden, 2002, pp. 179 y ss.

⁵⁰ Cfr. *Stanley L. Paulson/Bonnie Litschewski Paulson* (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998.

sólo vincula el derecho positivo con algo no-positivo, sino que al mismo tiempo con esa vinculación lleva al campo de la ontología y de la epistemología, y con ello al centro de la filosofía.

Los problemas filosóficos generales de la norma fundamental no pueden ser debatidos aquí. La discusión ha de limitarse a una pequeña parte de los problemas de la norma fundamental. Ella se refiere a la relación entre norma fundamental y Constitución. Dado que aquí se trata de la relación entre norma fundamental y derecho positivo, es claro que la cuestión también interesa en general para el problema de la norma fundamental. Si no se lograra construir adecuadamente esa relación, deberían verse con escepticismo amplias pretensiones filosóficas de una teoría de la norma fundamental.

Los problemas de la relación entre norma fundamental y Constitución pueden dividirse en dos grupos. Los del primer grupo son categoriales, y los del segundo grupo, de tipo criteriológico⁵¹. En el caso de los problemas categoriales se trata de la cuestión de en cuáles conceptos fundamentales ha de afirmarse la normatividad contenida en la norma fundamental. El carácter constitucional de la norma fundamental ya ha sido remitido al concepto de autorización. Con ello el objeto del problema categorial es la pregunta sobre la relación de ese concepto con los conceptos particulares con los cuales Kelsen intenta comprender el fenómeno de la normatividad. Esos son sobre todo los conceptos de deber ser, de validez y de objetividad, donde al concepto de objetividad le corresponde un rol especial por cuanto él como por sí solo establece una relación con los conceptos de deber ser y de validez. La tarea de la norma fundamental no es justificar cualquier deber ser o cualquier validez, sino un deber

⁵¹ Sobre esta distinción conf. *Alexy*, *Begriff und Geltung* (nota 6), pp. 170 y ss..

ser objetivo y una validez objetiva. Estos conceptos que giran en torno a la objetividad conforman a su vez la llave para otros conceptos, como los de la existencia y de la obligatoriedad de la norma.

El problema categorial sólo se mencionará para distinguirlo del problema criteriológico a analizar aquí. En el problema criteriológico no se trata de la cuestión de por qué medio la facticidad del ordenar y del imponer es transformada en algo, y con ello tampoco de la cuestión de la transformación de categorías, sino de la cuestión de qué es transformado en deber ser objetivo o en validez objetiva. Ese es el problema de la determinación de los criterios. Si la dicotomía entre forma y contenido no fuese tan cambiante, se podría calificar ese problema como el del contenido de la norma fundamental, y el de la transformación categorial como el de su forma.

La cuestión de qué transforma la norma fundamental en deber ser objetivo parece ser tan simple que apenas vale la pena plantearla: es la Constitución, a la cual la norma fundamental le confiere validez objetiva. Esta respuesta no es falsa, pero en una mirada más cercana aparecen problemas, como es habitual. De especial significación es el problema de la separabilidad y la separación entre Constitución y norma fundamental.

Para el tratamiento del problema de la separación encontramos apoyo en las observaciones de Kelsen referidas a la revolución y al cambio de Constitución a través de la ruptura constitucional. Así se dice en la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" que luego de una revolución triunfante por la cual el orden monárquico hasta entonces imperante se cambia por uno republicano, "se presupone una nueva norma fundamental, no ya la que delegaba el poder de crear derecho a los monarcas, sino

una que lo hace al gobierno revolucionario”⁵². En un sentido muy similar se habla en la “Teoría General del Estado” de que si se quiere considerar válida una modificación constitucional por medio de una ruptura de la Constitución, se debe presuponer “otra norma fundamental”⁵³.

Así pues apenas puede dudarse de que un cambio revolucionario de una monarquía por una república significa el cambio de la vieja Constitución por una nueva. Pero puede preguntarse si la norma fundamental realmente está tan unida en cada caso a ambas constituciones, que la sanción de la nueva Constitución exige presuponer una nueva norma fundamental. La organización monárquica o republicana de la creación del derecho (*Rechtssetzung*) es una clásica decisión constitucional y en ese sentido es un elemento concreto de la Constitución. Si el cambio de una forma a otra significase un cambio de la norma fundamental, la norma fundamental contendría por ello un elemento constitucional concreto. Entonces no podría ser separada de la respectiva Constitución.

No se debe seguir buscando expresiones de Kelsen que suscitan dudas sobre tales vinculaciones concretas o de contenido. Así, en la “Teoría General del Estado”, sólo unas pocas páginas después de la afirmación de que un cambio constitucional exitoso por medio de una ruptura de la Constitución conduciría a “otra norma fundamental”⁵⁴, Kelsen dice que la norma fundamental “a priori no tendría en realidad ningún contenido”⁵⁵. ¿Cómo algo que no tiene ningún contenido ha de poder cambiar en su contenido?. Por cierto que tampoco este punto es del todo

⁵² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1ª. ed. (nota 21), p. 68.

⁵³ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (nota 10), p. 249.

⁵⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 251.

claro. Kelsen prosigue diciendo que la norma fundamental “se ordena según el material que como Derecho ha establecido en cuanto suprema instancia jurígena, ora bien un autócrata aquí, ora bien el pueblo allá, y cuya comprensión unitaria es la función exclusiva de aquélla”⁵⁶. ¿Qué significa eso de ordenarse según el material?. ¿Significa que la norma fundamental se adapta según el material existente, modificándose a sí misma, o significa que con materiales cambiantes ella arriba a resultados cambiantes, pero permaneciendo ella misma igual?

El punto de partida de la respuesta a ese interrogante lo constituiría la siguiente formulación de la norma fundamental:

“Debe obrarse conforme a la Constitución realmente establecida y eficaz”⁵⁷.

Esa formulación no se refiere de ninguna manera a alguna Constitución determinada. Si bien al concepto de Constitución le es antepuesto el artículo determinado “la”, Kelsen no quiere referirse con ello a una Constitución determinada. La formulación que se encuentra pocas líneas antes:

“la norma fundamental presupuesta, en virtud de la cual es debido ajustarse a una Constitución realmente establecida, y en general eficaz”⁵⁸, muestra que Kelsen emplea el artículo determinado en el sentido de “la respectiva Constitución”. La “Constitución” queda así para un predicado que se corresponde con todo lo que tiene la propiedad de ser una Constitución, y con ello con toda Constitución determinada o –visto lógicamente– toda individualidad constitucional que encuadre en el concepto kelseniano de Constitución material para la cual, como se ha

⁵⁶ *Ibidem* (cursiva de R.A.).

⁵⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), p. 219.

⁵⁸ *Ibidem* (cursiva de R.A.).

visto, basta con la regulación de la legislación⁵⁹. Con ello todo indica que la norma fundamental en el caso de un cambio de la Constitución se modifica tan poco como una norma penal en el caso de cambio de criminales. ¿Cómo, a pesar de ello, puede Kelsen llegar a la idea –que no sólo aparece ocasionalmente, sino que es afirmada continuamente- de que en el caso de un cambio revolucionario de una Constitución a otra, cambia la norma fundamental?:

“Con la entrada en vigor de la nueva Constitución se ha cambiado la norma fundamental, es decir el presupuesto bajo el cual el supuesto de hecho constituyente y los supuestos de hecho establecidos de acuerdo con la Constitución pueden ser entendidos como supuestos de hecho de la creación y aplicación de normas jurídicas”⁶⁰.

Según esto, el cambio de la norma fundamental consiste en el cambio del presupuesto conforme al cual dos supuestos de hecho pueden ser entendidos como creadores (y aplicadores) de normas jurídicas. El primer supuesto de hecho es el supuesto de hecho constituyente, y el segundo, el supuesto de hecho establecido de acuerdo con la Constitución. Ese discurso de los “supuestos de hecho” parece ser una fuente esencial del problema. El concepto kelseniano del “supuesto de hecho creador de derecho”⁶¹ expresa dos tesis básicas de su sistema general: la tesis de la positividad y la de la normatividad. Según la tesis de la positividad, el derecho sólo puede nacer por medio de la instauración, y ello a su vez

⁵⁹ La estructura lógica de la norma fundamental analizada puede exponerse como sigue: $(x) (Vx \wedge Sx \wedge Wx \rightarrow OBx)$. “V” figura por “es una Constitución”, “S” por “está realmente establecida”, “W” por “es eficaz”, “O” por el operador deóntico “es debido que”, y “B” por “será obedecida”.

⁶⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), pp. 213 y s..

⁶¹ *Ibidem*, p. 232.

sólo bajo la condición de la eficacia: “instauración y eficacia se convierten, en la norma fundamental, en condición de validez”⁶². En ambos se trata de “hechos” (*Tatsachen*)⁶³. Esa facticidad es la primera dimensión del concepto de supuesto de hecho. En ella se trata sencillamente de hechos. La segunda dimensión –la de la normatividad- entra en juego porque los hechos no pueden justificar ni un deber ser ni la validez. Para ello es necesaria una norma. Por tal motivo en la segunda dimensión se trata de que el hecho se convertirá en un hecho creador de derecho por satisfacer los presupuestos que contiene una norma validante en su premisa. Tales presupuestos son el supuesto de hecho de esa norma. Dado que esa norma es una norma que establece bajo qué condiciones reales algo vale jurídicamente, el supuesto de hecho es “creador de derecho”. Existen tantos supuestos de hecho creadores de derecho cuanto normas validantes. Así existe el “supuesto de hecho de la legislación” (*Tatbestand der Gesetzgebung*), que debe ser cumplido de acuerdo con una determinada Constitución para que nazca una ley, y el “supuesto de hecho de la costumbre” (*Tatbestand der Gewonheit*)⁶⁴, que se cumple cuando están dadas las condiciones clásicas de la *longa consuetudo* y de la *opinio iuris*. En la formulación kelseniana antes citada aparecen, como se ha dicho, dos tipos de supuestos de hecho: “el supuesto de hecho constituyente” y “los supuestos de hecho establecidos de acuerdo con la Constitución”. En el caso de la norma fundamental se trata sobre todo del supuesto de hecho constituyente. El problema, por ello, puede ser traducido en el interrogante de qué significa una revolución para el supuesto de hecho constituyente de la norma fundamental.

⁶² *Ibidem*, p. 219.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 231.

Alcanzado un cambio revolucionario de una monarquía absoluta a una república parlamentaria, habrá de hecho para la nueva Constitución un nuevo hecho constituyente. El mismo consiste en los acontecimientos históricos a través de los cuales la monarquía absoluta cayó y la república parlamentaria fue establecida. Por complejo que ese hecho pueda ser en sí mismo, considerado lógicamente es una individualidad. La tesis kelseniana del cambio de norma fundamental, por ello, acertaría indudablemente si en la premisa de la norma fundamental existiese un hecho individual. Entonces su expresión “supuesto de hecho constituyente” debería interpretarse sólo en el sentido de que ella significa “el hecho que realiza el supuesto de hecho constituyente”. Las cosas son diferentes si, por el contrario, en la premisa de la norma fundamental se encuentran predicados que definen un supuesto de hecho constituyente en el cual pueden subsumirse hechos individuales. Entonces todo depende de si esos predicados que definen las condiciones para la validez objetiva de una Constitución, realmente cambian de caso en caso. En el primer caso puede hablarse de una norma fundamental individual o concreta, en el segundo de una general o abstracta.

No es del todo atípico en Kelsen que en él se encuentren ambas variantes. Así, en el siguiente fragmento Kelsen formula explícitamente una norma fundamental individual o concreta vieja, que es sustituida por una individual o concreta nueva:

“Si, por ejemplo, la vieja Constitución tenía el carácter de una monarquía absoluta y la nueva el de una república parlamentaria, entonces el enunciado jurídico que describe a la *norma fundamental* ya no reza: los actos obligatorios deben ser establecidos bajo las condiciones y en la forma como está determinado en *la vieja Constitución* que ya no es eficaz y *en virtud de ella* en las normas generales e individuales que fueron dictadas y aplicadas *por el monarca absoluto actuante de acuerdo con la Constitución*

y por los órganos delegados por él, sino: los actos obligatorios deben ser establecidos bajo las condiciones y en la forma en que está dispuesto en *la nueva Constitución* y *en virtud de ella* en las normas generales e individuales que han sido dictadas y aplicadas *por el Parlamento elegido conforme a la Constitución* y por los órganos delegados en esas normas”⁶⁵.

Aquí se hace referencia concreta a la vieja y a la nueva norma fundamental de una doble manera: en una, a través de que ambas constituciones son mencionadas individualmente con las locuciones “la vieja Constitución” y “la nueva Constitución”, y en la otra, a través de que en las dos construcciones “en virtud de ella” se proporcionan las reglas de legislación más importantes de las respectivas constituciones.

El ejemplo de Kelsen muestra qué se significa cuando se alude de esa manera a constituciones concretas. Lo que Kelsen califica aquí como “norma fundamental” no es otra cosa que el resultado de la aplicación de la norma fundamental al fenómeno del establecimiento y aplicación de una Constitución. Lo que aquí lleva el nombre de “norma fundamental” se refiere a la conclusión de un silogismo de norma fundamental⁶⁶. Como primera premisa de tal silogismo actúa la norma fundamental abstracta, que conforma el punto de partida de nuestras reflexiones sobre el cambio de la norma fundamental:

(1) Debe obrarse conforme a la Constitución realmente establecida y eficaz⁶⁷.

El supuesto de hecho creador de derecho se forma aquí a través de los tres predicados “Constitución”, “realmente estableci-

⁶⁵ Ibidem, p. 214 (cursiva de R.A.).

⁶⁶ Cfr. al respecto ibidem, p. 219.

⁶⁷ Ibidem, p. 219.

da” y “eficaz”⁶⁸. En tanto se aplique (1) y no otra norma distinta, no cambia nada en ese “supuesto de hecho constituyente”. /pág. 349/

Del tramo de las observaciones kelsenianas sobre el cambio de la monarquía absoluta a la república parlamentaria que se ocupa de la vieja Constitución se extrae como segunda premisa el siguiente enunciado fáctico:

(2) La Constitución monárquica ha sido por cierto establecida alguna vez, pero ya no es eficaz.

Esto significa que la exigencia de conducirse conforma a ella ya no puede ser deducida.

En la segunda parte de las observaciones sobre el cambio revolucionario no se trata explícitamente, por cierto, de la eficacia de la nueva Constitución, pero es claro que ella es el fundamento para el cambio. Con ello puede darse la siguiente forma a la segunda premisa:

(2') La Constitución parlamentaria-republicana ha sido establecida realmente y es eficaz.

(2') no expresa ningún nuevo “supuesto de hecho constituyente”, sino solamente un nuevo hecho constituyente. De (1) y (2') se sigue lógicamente:

(3) Debe obrarse conforme a la Constitución parlamentaria-republicana.

Todo lo que aparece en la formulación concreta de la norma fundamental que hace Kelsen o bien está contenida en esa frase o está implícita en ella. Así se sigue que debe obrarse conforme

⁶⁸ Cfr. al respecto la formalización de la norma fundamental en la nota 57.

a la nueva Constitución parlamentaria-republicana, y con ello, a partir de (3), la norma fundamental concreta:

(4) “Los actos obligatorios deben ser establecidos según las condiciones y en la forma como está determinado en la nueva Constitución y en virtud de ella en las (...) normas, que han sido sancionadas por el Parlamento elegido conforme a la Constitución”⁶⁹.

Con ello el resultado es: la “nueva”⁷⁰ u “otra”⁷¹ norma fundamental de Kelsen no es una norma fundamental en sentido propio, sino el resultado de la aplicación de la norma fundamental abstracta que contiene los tres conceptos de Constitución, legalidad y eficacia a un caso concreto de otorgamiento de Constitución o de derribo de una Constitución⁷². En esa

⁶⁹ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), p. 214.

⁷⁰ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1ª. ed. (nota 21), p. 68; el mismo, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed. (nota 2), p. 214.

⁷¹ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* (nota 10), p. 249.

⁷² Según Paulson existe una “cierta analogía” entre la idea kelseniana de una norma fundamental “referida a un sistema jurídico cierto y concretamente existente” y la idea de Kant de un esquema trascendental (*Stanley L. Paulson*, Introducción, en: *Neukantismus und Rechtsphilosophie*, ed. por *Robert Alexy/Lukas H. Meyer/Stanley L. Paulson/Gerhard Spenger*, Baden-Baden 2002, p. 20). Kant introduce el concepto de esquema trascendental para resolver el problema de la aplicación de las categorías a los fenómenos (*Erscheinungen*)*. Entre la categoría y el fenómeno debería existir “un tercero”, que “ha de existir en pie de igualdad con la categoría, por un lado, y con el fenómeno por otro lado, y que hace posible la aplicación de la primera al segundo. Esa idea conciliadora ... es el esquema trascendental” (*Immanuel Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, A138, B177). Los fenómenos tienen lugar en el tiempo. Por ello un esquema sólo puede unir una categoría con un fenómeno cuando está en condiciones de referirse a algo en el tiempo: “los esquemas no son, pues, otra cosa que *determinaciones de tiempo a priori* según reglas” (A 145, B 184). En cuanto reglas que vinculan las

categorías con algo en el tiempo y el espacio, los esquemas les “proporcionan” a las categorías “una referencia a objetos, y con ello, *significación*” (A 146, B 185).

Puede verse al silogismo de la norma fundamental como expresión del procedimiento de aplicación de la categoría del deber ser (*Sollen*) (cfr. al respecto Alexy, Hans Kelsens Begriff des relativen A priori (nota 47), pp. 181 y ss.) a una determinada Constitución y con ello a un sistema jurídico determinado. De este modo la pregunta de qué rol juega un esquema en ese procedimiento de aplicación puede reformularse como la pregunta de cuál premisa del silogismo de norma fundamental expresa un esquema. Aparecen dos candidatos: la norma fundamental abstracta contenida en la primera premisa (1) y la norma fundamental concreta expresada en la conclusión (3). A primera vista, (3) parece tener una pretensión al título de esquema mejor que (1). (3) está referida a un objeto concreto en el tiempo y en el espacio: la nueva Constitución parlamentario-republicana. Si la referencia concreta a un objeto determinado puede ser decisiva para la propiedad de ser un esquema en el sentido de Kant, entonces el encuadre de la norma fundamental concreta expresada en (3) como esquema resulta de hecho inexorable. Mas es dudoso que un esquema realmente sea algo concreto en ese sentido individual. Kant no llama esquema a la “referencia a objetos”, sino a las “condiciones para lograr una referencia a objetos” (A 146, B 185). Dichas condiciones las describe como “generales”, “formales” y “puras” (A 140, B 179). La pureza aquí no excluiría que el esquema contenga algo que sea “sensible”. Sin contener lo sensible, no podría conectarse con fenómenos, y con ello con lo sensible. Mas ella ha de significar que el esquema es “sin nada empírico” (A 138, B 177). La exclusión de lo empírico es necesaria porque el esquema no contiene fenómenos como partes de él mismo, sino que sólo se relaciona con ellos en cuanto “regla” (A 142, B 181). Nada de esto se ajusta a la referencia a una Constitución expresada en (3), pero sí a la norma fundamental abstracta expresada a través de (1). Es perfectamente apropiado entender a los tres predicados contenidos en (1) tanto como condiciones generales cuanto también como “condiciones formales y puras de la sensibilidad” –y con ello como descripciones de propiedades formales (generales) de lo perceptible (sensibles, pero no experimentables realmente, por tan-

aplicación no cambia nada de la norma fundamental abstracta. Con ello es exacta la tesis de la separación entre Constitución y norma fundamental. El gran abstraccionista Kelsen, con su idea de una nueva y distinta norma fundamental, se ha enredado en la confusión de la concreción en la cual tiente la diferencia entre supuesto de hecho y hecho real. Naturalmente que la confusión es fácil de aclarar -se trata igualmente de una clara confusión- y la clarificación tiene la ventaja de que entonces se puede ver más

to puras-, que “restringen en su uso” al deber ser en cuanto categoría (concepto del entendimiento) (A 140, B 179). La categoría del deber ser abierta a todas las direcciones –incluso a la moral- es “restringida” a través de (1) al derecho positivo. Precisamente eso define un esquema. Si se sigue ese significado, entonces el deber ser que se expresa en la apódisis de (1) es la categoría, (1) el esquema y (3) el resultado de la aplicación de la categoría, con ayuda del esquema, a los fenómenos. Naturalmente que es posible atribuir el título de esquema con más amplitud. Así como (1) puede catalogarse a (1) como norma fundamental abstracta y a (3) como concreta, del mismo modo podría considerarse a (1) como un esquema abstracto y a (3) como uno concreto. Esa amplitud se puede justificar en que la norma fundamental concreta sólo es concreta en el sentido de individual con respecto a la Constitución cuya validez fundamenta. Con relación a las normas cuyo dictado autoriza la Constitución, ella es abstracta. Esto conduce a la cuestión de cómo se relaciona en general el concepto de autorización con el concepto de esquema. Ello sin embargo no tendrá que ser aclarado en este lugar, pues de lo que aquí se trata sólo es de que en todo caso (1) puede ser calificado como “esquema” y que dicha calificación no le va nada mal a lo que dice Kant respecto del “esquematismo de nuestro entendimiento” como “arte oculto en las profundidades del alma humana” (A141, B180).

* Hemos escogido la expresión “fenómeno” para traducir el término *Erscheinung*, a pesar de que también podría hablarse de “aparición fenoménica” o, mejor aun, de “apariencia” (vide sobre el punto Félix Duque, *La historia de la filosofía moderna: la era de la crítica*, Ediciones Akal, Madrid, 1998, p. 1637, nota 1525) (N. del T.).

claramente, como si hubiese sido posible sin la eliminación de la confusión, que en toda la variedad de constituciones sólo existe una norma fundamental referida a la Constitución⁷³.

⁷³ La norma fundamental referida a la Constitución introduce la normatividad al sistema jurídico en *un* lugar, en el lugar de la Constitución. Ese tipo de suministro de normatividad puede describirse como “sistemático”. Del suministro de normatividad sistemático debe distinguirse el individual o particular (cfr. Alexy, Hans Kelsens Begriff des relativen A priori (nota 47, pp. 192 y s.). Éste tiene lugar cuando instauraciones normativas particulares son entendidas como jurídicamente vinculantes sin la intermediación de normas jurídico-positivas de autorización (*Ermächtigungsnormen*), directamente a través de la norma fundamental, tal como por ejemplo es el caso del derecho consuetudinario de los ordenamientos jurídicos primitivos. (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2ª. ed. (nota 2), pp. 64, 232). Por ello a la tesis de una norma fundamental se le puede dar la siguiente forma: sólo hay una norma fundamental, una en forma sistemática y una en forma particular.

Ya que Kelsen también califica a la sanción de normas a través de la costumbre como “instauración” (Kelsen, Reine Rechtslehre, 1ª. ed. (nota 21), p. 64), a la norma fundamental que suministra la normatividad particular e “inmediata” (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2ª. ed. (nota 2), p. 233) se le puede dar la siguiente forma, utilizando los signos empleados en la nota 57: $(x) (Sx \wedge Wx \rightarrow OBx)$. Lo especial del derecho consuetudinario es que su instauración incluye la eficacia. Eso significa que la norma fundamental referida a la Constitución de la forma $(x) (Vx \wedge Sx \wedge Wx \rightarrow OBx)$ y la norma fundamental referida al derecho consuetudinario $(x) (Sx \wedge Wx \rightarrow OBx)$ no pueden colisionar. Una norma *n* sólo es una norma de derecho consuetudinario cuando vale: $Sn \wedge Wn$. El momento de la instauración (S) aquí consiste en los actos de voluntad de los individuos expresados en la costumbre, que constituyen la costumbre (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2ª. ed. (nota 2), p. 231). Estaría aceptado que por *x* en $(x) (Vx \wedge Sx \wedge Wx \rightarrow OBx)$ no sólo pueden colocarse las particulares constituciones en su conjunto, sino también normas constitucionales individuales. *n*’ sería una norma constitucional particular inconciliable con la norma consuetudinaria *n*, que pertenece

Recapitulando se llega a dos tesis. La primera reza: la esencia de la Constitución es la regulación de la legislación. La segunda

a una Constitución que ha sido sancionada a través de un acto constituyente y que alguna vez alcanzó eficacia junto con todas sus normas. A causa de $Vn' \wedge Sn' \wedge Wn'$, también valía entonces OBn' . Pero dado que ahora *n* ha devenido eficaz (Wn), la norma *n*' inconciliable con *n* ya no puede ser eficaz. Con ello Wn' ya no es verdadera. De tal modo ya no se cumplen los presupuestos de la norma fundamental referida a la Constitución $(x) (Vx \wedge Sx \wedge Wx \rightarrow OBx)$. Por eso sólo OBn y ya no más OBn' puede ser fundamentado. Lo dicho demuestra que la colisión entre derecho consuetudinario y derecho constitucional del mismo contenido se resuelve a favor del derecho consuetudinario. Esto es el fundamento para que pueda hablarse de *una* norma fundamental en dos formas. La unidad es fundada a través del elemento de la eficacia (W). Por cierto que podría ser lo que subyace detrás de la afirmación de Kelsen de que si por un lado la Constitución jurídico-positiva no instituye a la costumbre como supuesto de hecho jurígeno, pero por otro lado se le atribuye al derecho consuetudinario “el efecto derogatorio de una ley constitucional formal” (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2ª. ed. (nota 2), p. 233), entonces “(debe) ser presupuesta una norma fundamental que no sólo establece el supuesto de hecho del dictado de la Constitución, sino también el supuesto de hecho de la costumbre calificada como supuesto de hecho jurígeno” (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2ª. ed. (nota 2), p. 232). Distinto sólo podría ser si la eficacia se separa de la norma fundamental o se incorpora en ella algo que haga retroceder la fuerza de la eficacia. Aquí sólo ha de interesar la segunda posibilidad. Puesto que ni la mera legalidad (S) ni el mero carácter de Constitución (V) puede hacer retroceder la fuerza de la eficacia, debería incorporarse algo que vaya más allá de la norma fundamental positivista de la forma $(x) (Vx \wedge Sx \wedge Wx \rightarrow OBx)$. Con ello se presenta la posibilidad de, a través de la incorporación de elementos no-positivistas, transformar la norma fundamental referida exclusivamente al derecho positivo en una norma fundamental que hoy como ayer está referida esencialmente al derecho positivo, pero que en su conjunto es no-positivista (cfr. Alexy, Begriff und Geltung (nota 6), pp. 167-170). Claro que aquí esto no puede ser examinado más de cerca.

dice: la norma fundamental, en cuanto norma abstracta, ha de separarse de la Constitución concreta cuya validez ella fundamenta. Ella está vinculada con ésta solamente a través de los conceptos de Constitución, de legalidad y de eficacia.

Estas dos tesis suscitan directamente la objeción de la vacuidad de contenido. ¿Realmente puede decirse sólo esto sobre la esencia o la naturaleza de la Constitución?. Plantear esta pregunta importa negarla casi inmediatamente. Así, un concepto de Constitución completamente desarrollado no puede renunciar a concebir a la Constitución también como ordenamiento fundamental normativo material⁷⁴. Claro que esto, como otros puntos, nunca puede abordarse siguiendo la imagen que al respecto se extrae de Kelsen. Basta concluir con la comprobación de que, sea lo que sea lo que haya de incorporarse en el concepto de Constitución, éste por cierto que siempre debe contener lo que –demasiado limitadamente, es seguro- Kelsen define como su esencia, y que –a pesar de las oscuridades aclarables- establece con una claridad difícilmente superable.

⁷⁴ Cfr. *Robert Alexy*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, en *VVDStRL* 61 (2002), pp. 8 y ss..

LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA COMO POLÍTICA DE LARGO PLAZO

por Dr. Alberto M. Binder

Alberto M. Binder, Presidente del INECIP (Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales) Argentina. Profesor de Posgrado Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional del Comahue. Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA COMO POLÍTICA DE LARGO PLAZO¹

I. La Política Judicial como política de largo plazo

1. *La política de reforma como política pública.* Una de las características más destacables de todo el proceso de reforma de la justicia penal en América Latina y ello es aplicable a cada una de las reformas de nuestro país, en particular las emprendidas por sus provincias, en este caso particular, el proceso de reforma iniciado hace algunos años en la Provincia de Salta, es que ha logrado constituirse, finalmente, como una política de largo plazo. Esta afirmación parece equívoca, pues se refiere a la característica de largo plazo como algo que se “adquiere finalmente” y no algo que ya se poseía desde el inicio, pero no lo es: al contrario, hace referencia a una modalidad específica a resultas de la cual la toma de conciencia pública acerca de la necesidad de esa política, así como las acciones sucesivas de corrección o estímulo se han ido sucediendo de gobierno a gobierno, incluso respecto de gobierno de distinto signo político, hasta el presente, en un ciclo que no parece haber concluido y que mantiene vitalidad. En una región donde la proclama de la necesidad de “políticas de Estado” es permanente, pero la práctica de construirlas es por el contrario tan débil y errática, el mantenimiento de acciones de cambio en una misma orientación durante ya casi tres décadas es algo que debe destacarse. Lo cual no debe ser entendido en el sentido de que sólo ha existido un proceso acumulativo e

¹ Ensayo actualizado del que fuera originalmente publicado en el libro *La Reforma de la justicia penal en América Latina*. Lecciones aprendidas. Fundación Friedrich Ebert. Colombia.

incremental de cambios; al contrario, se trata de un proceso rico en avances y retrocesos, en redefiniciones de problemas antiguos, así como el descubrimiento de otros nuevos o de nuevas perspectivas y herramientas.

2. Por otra parte, también existe otra dimensión digna de destacarse vinculada a la anterior, que consiste en la creciente comprensión del proceso de reforma de la justicia penal como el desarrollo de una determinada política pública. Esto parece una afirmación de Perogrullo, pero no lo es. Tradicionalmente los cambios vinculados a la Administración de Justicia eran visto como un “problema procesal”, en el mejor de los casos advertidos desde los profesionales o los grupos académicos dedicados a esos temas. Todavía es bastante común que los cambios legislativos en general sean vistos como “problemas jurídicos” sin tomar nota de los grandes problemas de política que subyacen a ellos. En el caso de la reforma de la justicia penal –lo que no ocurre todavía con los cambios de la justicia civil- se fue acentuando paulatinamente una visión de “políticas públicas” que permitió incorporar otros problemas, otras visiones, otras disciplinas y ha sido una de las razones de que la comprensión del problema por parte de los decisores políticos se viera facilitada. Esta afirmación no significa necesariamente que el diseño o la ejecución de la reforma de la justicia penal haya respondido a patrones orientados claramente por técnicas de políticas públicas, aunque tampoco debe descartarse que el diálogo con esa perspectiva sí haya influido en algunos países o sectores. Lo cierto es que la superación de la mirada “meramente procesal” por una mirada del desarrollo de políticas públicas y, por lo tanto, de contenidos políticos y efectos sociales, contribuyó de un modo claro a la estabilización de los esfuerzos de cambio, así como su politización –y por ello también ciclos de contenidos diferenciados- permitió

que diversos sectores políticos pudieran participar en un proceso que puede verse en perspectiva histórica como algo continuo.

3. Ha sido esa visión y esa perspectiva la que ha permitido tanto detectar, como profundizar y poner en la agenda pública, algunos problemas profundos que constituyen obstáculos mayores para todo logro de corto plazo. Una política de largo aliento se construye también cuando se toma conciencia de que las dificultades para lograr efectos en tiempos menores no es sólo el resultado de defectos de puesta en marcha o alguna otra razón de gestión del cambio, sino que tienen que ver con problemas de tipo más profundo, imposibles de remover en el corto plazo aun con la gestión más eficiente. Podemos llamar a estos problemas una “base estructural” de problemas, siempre que no usemos esa frase para dar cuenta de un conjunto de dimensiones que solo se pueden remover con “acciones extraordinarias”. Es decir, que no es necesario algo así como una “revolución” para removerlos. Si ello fuera así, la democracia sería incapaz de remover bases de ese tipo. Si usamos esa frase en el sentido de un conjunto de falencias de larga data, profundamente arraigados en sectores sociales (profesionales, generalmente) pero que pueden ser removidos por acciones ordinarias de gobierno por más que lleven tiempo y sean intensas, sí podemos usarla, ya que es bastante común encontrarnos con problemas de este tipo no sólo en la justicia sino en la educación, la salud, la seguridad y hasta en la economía de un país. Esa “base estructural” que debe enfrentar el proceso de reforma de la justicia penal se funda, por lo menos, en las cuatro dimensiones que señalamos a continuación.

4. ***La matriz histórica de la justicia penal como tradición.*** Existe un punto común en toda la región, que por una parte es evidente, pero por otra parte tardó en advertirse su magnitud y el condicionamiento que generaba. Toda América Latina es tri-

butaria de una forma de legalidad, vinculada a un tipo histórico de administración de justicia, cuyos efectos se sienten con fuerza en la actualidad. En primer lugar, la matriz de la legalidad colonial se caracteriza por un “hiperlegalismo”, es decir, por una gran profusión de normas, pero cuyo cumplimiento no sólo era parcial sino altamente inconsistente y selectivo. Una aplicación de la ley vinculada a los privilegios o a la arbitrariedad, a la vez que una base moralista y declamativa. Así lo señala Ots y Capdequí para quien lo característico del Derecho Indiano era un “casuismo muy acentuado y una tendencia reglamentarista minuciosa” (1968: 88). Pero ello no derivó en un sistema de precedentes sino en un modelo consuetudinario plagado de excepciones y aplicación desordenada, en lo que también influía la distancia, las realidades tan multiformes y, en especial, la divergencia entre la juricidad planteada por moralistas y teólogos (cuyo paradigma es Vitoria) y las condiciones económicas y políticas reales de la conquista (esclavitud, saqueo, etc.). Según las versiones de los historiadores la fórmula suspensiva de las instrucciones reales “*se acata, pero no se cumple*” era una práctica administrativa ordinaria y una puerta abierta a la arbitrariedad de las autoridades coloniales (Ots y Capdequí 1968: 88 y 89). Lo cierto es que se conforma un Estado con una práctica de legalidad muy diferente a la que hoy consideramos como adecuada (aunque la relación entre hiperlegalismo e incumplimiento selectivo sigue existiendo) y un predominio de una *dimensión administrativa de la ley* impropia para generar una cultura de la legalidad que aun hoy constituye una de las principales rémoras de la cultura jurídica de nuestros países.

5. Por otra parte, España exportó el modelo inquisitorial de administración de justicia, que acentuaba esa visión *administrativa y ordenancista*, puesto que esa *maquinaria judicial* no estaba pensada para controlar el poder público o el poder

del Rey sino para ser una *extensión de su poder*. Los jueces son funcionarios encargados de aplicar la ley en el sentido de *afirmación del poder del monarca*, no de limitarlo. Mucho se ha escrito sobre la inquisición, sobre la influencia que ha tenido en la configuración del autoritarismo moderno (Lea) o la pesada carga que significaba para las nacientes Repúblicas (Sarmiento) o, con mucha más profundidad aún, fue el objeto de muchas de las grandes batallas de la Ilustración y encontramos todavía en Carrara, a mediados del siglo XIX, una lúcida y feroz crítica al secretismo, arbitrariedad, abuso sobre el imputado, demora, tortura; en fin, un modelo judicial tan alejado de los principios republicanos de entonces como mucho más aún de las exigencias de una República democrática. Los pensadores y políticos fundadores de nuestras Repúblicas vieron este problema pero no lograron torcerlo; en el mejor de los casos, con esfuerzo se logró adoptar en las normas el modelo inquisitorial bonapartista (sistemas mixtos), con todos sus componentes autoritarios que repotenciaron el modelo inquisitorial clásico, pero en la práctica la tradición inquisitorial más antigua se impuso por sobre los llamados “modelos mixtos”. Quien quiera ahondar en este punto se encontrará con una literatura que ya lo ha destacado con insistencia.² El esfuerzo por emular la legislación continental europea –ella misma con graves problemas por sus vínculos con la tradición inquisitorial– no logró frenar la tradición de la legislación colonial arraigada en prácticas políticas, comerciales, sociales y culturales y sustentada por la práctica de una abogacía formada al calor de esas mismas prácticas o de la influencia de la formación teológica-canónica. Y en esto se manifiesta la fuerza de la matriz histórica, como tradición. Una elaboración propia

² Sobre literatura alrededor de la matriz histórica de la justicia penal se puede encontrar diversa literatura en www.cejamerica.org o www.inecip.org

de la legislación –si ella hubiera sido posible- hubiera sufrido el mismo problema. El tema no es la “copia” de la legislación sino la fuerza de la tradición inquisitorial.

6. No se trata, pues, sólo de destacar un hecho histórico que ya de por sí tiene una gran influencia. Lo inquisitorial en nuestra región no es simple historia, *es una tradición*. Y como tal entendemos un conjunto de prácticas enraizadas en la historia, no siempre conscientes en quienes las ejecutan, pero que, precisamente por su base histórica, son el terreno *desde donde organizamos nuestra comprensión del mundo, tanto intelectual como práctico*. Ya la hermenéutica ha destacado la fuerza de esta tradición, no sólo en el sentido negativo sino también en tanto funda todo horizonte posible de comprensión. Por ello, es insoslayable una visión historicista de la reforma de la justicia penal en América latina, pero no en la forma de una pedagogía simple de las etapas del desarrollo de las instituciones sino en la visión más rica de las tradiciones constituyentes de nuestro pensar y hacer la actividad judicial. Hay un conjunto de tradiciones que hunden sus raíces en la inquisición cuya influencia ha sido determinante para el desarrollo de la reforma de la justicia penal. Por ejemplo, la tradición infraccional, que se desentiende de la idea del conflicto y su gestión; o la tradición maquinales según la cual es el juzgado, el tribunal, la Sala o la Cámara la que administra justicia y por lo tanto la participación personal del juez puede ser “delegada” en una justicia de secretarios, funcionarios y empleados que igualmente ponen en funcionamiento la maquinaria. Estas y otras tradiciones hacen que todavía la política de reforma de la justicia penal sea, en el más estricto sentido de la palabra, una política “contra la Inquisición”.

7. **La cultura judicial en la región.** Se ha vuelto bastante usual apelar a problemas “culturales” para señalar las dificultades de la puesta en marcha de los nuevos modelos procesales. Se apea a una persistente *cultura inquisitorial* como la causante de mu-

chos retrasos o se sostiene que hasta que no se revierta esa cultura no se podrán obtener frutos de la reforma. Si bien esa afirmación puede ser asumida como una hipótesis válida para explicar muchas de las dificultades, también corremos el riesgo de que se convierta en una muletilla sin contenido, que, apelando a una entidad metafísica indeterminada, nos deje en la inacción propia de la espera de un cambio que nadie determina como se debería producir. Por ello debemos ahondar en este punto, en tanto la escasa investigación que en general ha existido sobre este tema nos permita³. En primer lugar, es necesario diferenciar entre la cultura de la legalidad propia de los ciudadanos y la *cultura jurídica propia de los operadores, es decir, de los abogados*. Ciertamente existirán vínculos entre una y otra, pero no tan directos ni tan determinantes para nuestro tema. En tanto la ciudadanía tenga poco apego a la legalidad o la perciba como un juego de privilegios y trampas, la fortaleza de la administración de justicia siempre tendrá problemas. Cuando ello ocurre no es por una especie de desprecio congénito por la ley sino una larga experiencia acumulada (como ocurre con cualquier tema cultural) de un funcionamiento de ese tipo. Es decir, la tradición inquisitorial ha generado una ciudadanía escéptica acerca del valor de la ley y de la razón jurídica porque la justicia ha funcionado de un modo tal que no ha moldeado otra percepción ciudadana. No es irrazonable que un ciudadano común, en especial aquéllos más vulnerables, descrean de la ley y la administración de justicia.

8. No obstante, para nuestro tema es mucho más importante la *cultura de la abogacía*. Es aquí donde se encuentran los principales problemas. En primer lugar, se trata de una cultura poco afecta al valor de la ley: de hecho, es bastante usual que en

³ Sobre las investigaciones relativas a la cultura jurídica ver Agustín Squella (1994), Tarello, Giovanni (1995), Binder (2007).

las propias Escuelas de Leyes se trasmite poco entusiasmo sobre el valor de la ley; en segundo lugar, se trata de una cultura poco clara acerca del valor de la propia profesión y de los límites que ella impone al ejercicio del litigio y al respeto a los intereses de los clientes. En ese sentido existe un fuerte grado de poco “profesionalismo” en el ejercicio de la abogacía; en tercer lugar, existe un apego a un cierto conceptualismo de tipo escolástico que hace que muchas de las discusiones y de la formación de las elites mejor preparadas carezcan de los métodos y de las doctrinas para construir instrumentos aptos para gestionar la conflictividad y se orienten más a repetir doctrinas y teorías en abstracto, sin clarificar el juego de intereses que se encuentra en la base de toda discusión jurídica. Pero, de todos modos, la característica más determinante para nuestro tema de la cultura jurídica es que ella se desarrolla, antes que nada –y de un modo masivo- como una *cultura del trámite*.

9. Ya hemos destacado en otro lugar (Binder 2012: # 2) como el trámite se convierte en una práctica extendida, que se encuentra consolidada en el saber forense, que convierte la legislación en un *manual de procedimiento*, que se desentiende de los productos y efectos para prestar atención preferente al camino, procedimiento, secuencias, etc., lo que impide una comprensión cabal de las nuevas reglas de juego, que son *reglas de litigio, no de trámite*. Claro está que toda organización burocrática desarrollará trámites sin los cuales no puede hacer frente a demandas masivas, pero ello no es el problema. Lo determinante es la centralidad de ese trámite en la configuración de los esquemas mentales de la abogacía y en la realidad que ello luego genera, provocando un círculo vicioso de retroalimentación que llamamos *reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales*. Estos esquemas mentales que se fundan en, pero a la vez ellos mismos fundan prácticas cotidianas (“habitus” en el sentido de Bourdieu) son

en gran medida los que producen las mayores distorsiones del funcionamiento de los sistemas de la justicia penal y los que nos permiten ver como prácticas que claramente se quería desterrar (el escriturismo, el formalismo sin sentido, la mora como despilfarro del tiempo, el desprecio por los problemas concretos de los litigantes, el maltrato a las víctimas e imputados, etc.) reaparecen bajo nuevos ropajes. Más complejo es el problema aun cuando todavía una parte importante de la doctrina sigue enfrascada en lo que denominados *análisis secuencial del proceso*, es decir, una forma explicativa que pone el énfasis en el trámite y las secuencias, o lo que mucho tiempo atrás se llamaba *procedimentalismo*

10. Frente a ello carece de sentido el mero desaliento (o su forma más frecuente, que es la naturalización del mal funcionamiento de los tribunales – ¡esto siempre será así!) sino que se debe reaccionar construyendo nuevos instrumentos de intervención sobre el campo de la justicia penal. En primer lugar, debemos desarrollar un *nuevo programa de investigación empírica*. Hoy ya hemos incorporado al lenguaje sobre la justicia penal palabras como cultura o prácticas, pero el conocimiento que tenemos sobre las prácticas concretas, su desarrollo y fundamento, es todavía deficiente. En general no hemos desarrollado aún una sociología de los sistemas de justicia de la magnitud que necesitan estos procesos de cambio. Ni la Criminología ha podido prestarle toda la atención a ese fenómeno, ni la sociología o la antropología jurídica han llegado aún al grado de precisión sobre prácticas concretas de la organización judicial, que necesitamos conocer. En segundo lugar, es necesario desarrollar nuevas formas de enseñanza con capacidad de revertir prácticas concretas. La capacitación judicial sigue, en mi opinión, sin hallar un rumbo claro de cómo enseñarles a los operadores a realizar su trabajo. O enseña interpretación de leyes o enseña valores generales, sin tener un programa amplio de *reversión de prácticas concretas o*

de estímulo de las prácticas adecuadas. En fin, no necesitamos una metafísica de la cultura o de la práctica judicial, sino herramientas de intervención concretas basadas en conocimientos empíricos precisos. Finalmente es necesario identificar las *instituciones contraculturales*, es decir, aquéllas que se oponen a la cultura del trámite y nos empujan hacia la cultura del litigio adversarial. En ese sentido, todo el programa de oralización del que hablaremos más adelante se ha fundado en esta visión contracultural de las audiencias. Ello ha impactado, como veremos, en los modelos de organización, que son los reservorios más potentes de la cultura inquisitorial. Cuáles serán los modos concretos que deberán desarrollar las Escuelas de Leyes y los Institutos de Capacitación Judicial o los programas de investigación de los Centros de Investigación es algo que no se puede describir de un modo general: cabe señalar la necesidad y la urgencia de cubrir un área donde la vacancia de información, de conceptos y nuevas pedagogías es tan urgente como poco advertida.

11. Usos y finalidades políticas de la justicia penal en perspectiva histórica. Pero no todo puede ser visto como un problema de pura *dinámica cultural*. La matriz histórica de la justicia penal inquisitorial ha perdurado, entre otras razones, por su *funcionalidad política*. De hecho, el modelo inquisitorial que recibió América Latina cumplía funciones políticas claras, al servicio de las nuevas formas de absolutismo y poder concentrado sobre territorios más extensos. La justicia penal, al manejar, aunque sea parcialmente, uno de los instrumentos más poderosos del Estado, ha estado al servicio de ese poder concentrado a lo largo de nuestra historia. Nadie puede desconocer las dificultades que hemos tenido en nuestra región para construir una vida republicana, mucho más cuando comenzó a tratarse de una República democrática. No es difícil de entender que la justicia penal haya, no sólo acompañado, sino servido a una dirigencia

política que no asumía con facilidad la idea de límites y menos aún la construcción de un poder que lo limitara. No obstante, también hay que destacar que la magnitud de la debilidad del Estado de Derecho en nuestra región ha sido tan grande que los poderes concentrados tampoco necesitaban el uso, aunque fuera espurio, de la maquinaria judicial. Los poderes gobernantes podían valerse por sí mismos para llevar adelante muchas formas de abuso directo mediante la intervención directa de la policía o de comisiones policiales o tribunales políticos o administrativos. Alcanzaba con la complicidad silente de los jueces y fiscales o simplemente con el hecho más imperceptible aún de que estuvieran entretenidos en sus propios trámites, sin tomar conciencia cabal de los efectos sociales y políticos del funcionamiento de la justicia penal. Esta dualidad también marco la institucionalidad de la justicia penal, haciendo que ella tampoco fuera una institución poderosa, ya que para el mantenimiento del “orden” y para el abuso, alcanzaba y sobraba con la manipulación de las policías y la debilidad judicial.

12. Vemos pues, que la justicia penal tuvo, por una parte, una funcionalidad de apoyo a los poderes concentrados, pero, por otra parte, un desarrollo institucional débil, dado que para cumplir las funciones de cobertura tampoco se necesitaba mucha justicia penal. La figura del juez de instrucción, que más allá de todos sus defectos intrínsecos, era manifestación de la centralidad y autonomía policial es, en este sentido, paradigmática. Por eso podían existir pocos jueces de instrucción, sobrecargados, sin estructura, etc. Mucho peor era la situación del Ministerio Público fiscal que en el contexto de este funcionamiento, cumplía funciones accesorias, muchas veces menores, salvo cuando las formalidades del sistema inquisitorial napoleónico (mixto) le daban el poder de requerir o acusar. En ese sentido, su funcionalidad política se limitaba a asegurar que los jueces de

instrucción no iban a exagerar sus facultades. Una justicia penal *tan dócil como débil* era la que podía asegurar el control directo de las policías sobre la criminalidad y, al mismo tiempo, asegurar la impunidad estructural de los delitos de los poderosos, ya se tratara de corrupción o de otras actividades ilícitas organizadas. El control policial sobre los delitos urbanos contra la propiedad, o directamente el control sobre poblaciones o sectores sociales, es decir, lo que luego la Criminología va a denunciar como *selectividad del sistema penal, orientado casi exclusivamente al castigo de cierto tipo de delitos cometidos por ciertos sectores de la sociedad (pobres, marginales, jóvenes, etc.) marco también un funcionamiento selectivo de la justicia penal que continúa hasta el presente.*

13. Esta función adquirió, finalmente, un carácter más profundo de complicidad con las distintas formas de Terrorismo de Estado. Ya sea en los casos de represión directa, como en el Cono Sur, o en el contexto de guerras civiles más o menos extendidas, la justicia penal fue una parte esencial en una cobertura de impunidad que encubrió masacres, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento forzado de poblaciones y otras aberraciones propias de las estrategias contrainsurgentes de la época. De este modo, a las críticas tradicionales al funcionamiento selectivo de la justicia penal, ahora se suma una más profunda, vinculada a su complicidad, más o menos directa, con la violencia del Terrorismo de Estado. Los grandes documentos que testimonian y analizan ese período (Comisión de la Verdad, Informe Rettig, y en general toda la literatura que ha analizado el problema de la justicia transicional) hablan desde la falta de valentía moral hasta la complicidad más directa, pasando por el reconocimiento del problema estructural de la administración de justicia.

14. Justicia penal y democracia. En consecuencia, los procesos de transición hacia la democracia que comienzan a gestarse

en la década de los ochenta, con las particularidades y ritmos de cada uno de ellos, pero también con sus elementos comunes, trajeron como una novedad la inclusión de la *cuestión judicial* como parte del problema democrático en su totalidad. Ya no se tratará solamente de los ejes de procesos electorarios libres y transparentes o del respeto a la pluralidad y fortaleza de los partidos políticos, sino que se trata de pensar, junto a los problemas intrínsecos de la dimensión democrática, lo que aparecen ahora como propios de una *república democrática*, esto es la *fortaleza del Poder judicial* como condición del imperio de la ley en la vida social. Incluso para sectores cuyo eje de pensamiento había girado exclusivamente alrededor de la transformación social aparece un horizonte de reflexión vinculado a las instituciones propias de un sistema democrático de base constitucional. La actividad constituyente propia de esas épocas, se caracterizó tanto por la reafirmación del constitucionalismo social como por la insistencia en la necesidad de la fortaleza del Poder Judicial como límite a los Poderes ejecutivos.

15. Aparece así una idea que todavía hoy tiene fuertes resonancias, desafíos y deudas: *la democratización de la justicia*. La pregunta acerca de cuál debería ser el papel del sistema judicial en general y el penal en particular en una democracia no ha recibido aún respuestas completas. En particular si se trata de una democracia que debe convivir con grandes desigualdades sociales, con sistemas electorales frágiles, con un sistema de partidos incipiente o en crisis, etc. Ello implica una democracia con grandes tensiones sociales irresueltas que marcan una tendencia hacia la lógica de la emergencia, que siempre se ha llevado mal con la administración de justicia, que trabaja con regularidades y normalidades, antes que con excepciones. Por otra parte, la cultura política ha derivado rápidamente hacia una práctica de abundante concesión de derechos y una retórica o lenguaje de

los derechos que condiciona el debate político. Esta ampliación de los derechos ciudadanos aumenta las tensiones sobre el sistema judicial que ahora debe resolver sobre la vigencia de derechos con grandes impactos sociales y económicos. En el campo de la justicia penal comienza a exigirse que ella se ocupe no de la criminalidad común sino de fenómenos criminales complejos y extendidos. En consecuencia, democratización de la justicia, significa, en términos generales, adaptar las reglas, prácticas y organización de la administración de la justicia a las exigencias de la sociedad compleja del siglo XXI, abandonar sus estructuras “predemocráticas” y constituir un nuevo tipo de reflexión sobre el poder judicial y sus nuevas tensiones.

16. Finalmente, una nueva tensión se presenta en las relaciones entre justicia penal y democracia. Precisamente el avance de fenómenos criminales extensos que, en su mayoría adquieren la forma de mercados criminales en permanente expansión, sumado a las crisis institucionales y de eficacia de la justicia penal y de los sistemas policiales, hacen aparecer el tema de la violencia social bajo nuevas formas y de la mano de la sociedad hipercomunicada se expande también el temor a la victimización. Ella abre un espacio a los discursos demagógicos sobre un uso indiscriminado de la violencia, campañas de ley y orden y otras formas de populismo penal que ponen en jaque a la dirigencia democrática que debe conquistar y representar a sectores que tienen demandas de ese tipo. La necesidad de llevar adelante políticas de transformación de largo plazo buscando el apoyo de sectores atemorizados que reclaman soluciones de corto plazo obliga a inventar formulas complejas entre la retórica política y la ingeniería institucional.

17. Escepticismo, voluntarismo y cambio planificado. El conjunto de problemas que hemos descripto en los puntos

anteriores genera tres modelos básicos de acercamiento a los problemas de la reforma de la justicia en general que, de un modo explícito o implícito, condicionan los debates no sólo políticos sino académicos. En primer lugar, existen quienes se manifiestan escépticos sobre la posibilidad de cambiar el funcionamiento de la justicia penal. Ello se debería a razones de estructura profunda de ese sistema o porque sus funcionalidades políticas siempre la empujan hacia ello y mientras no se modifiquen prácticas políticas más profundas o el modelo socio-económico de un país, es ingenuo pensar que la justicia penal pueda adquirir otra forma de funcionamiento. Su característica de selectividad actual, es decir, la prioridad en delitos cometidos por sectores sociales más pobres y, al mismo tiempo, su pasividad frente a delitos de los sectores poderosos, será imposible de modificar mientras no se alteren en profundidad las relaciones de poder exteriores a la justicia misma.

18. Desde otro punto de vista, se considera que el cambio de la justicia penal es fundamentalmente un problema técnico de reingeniería de las instituciones y que las mejoras tanto en la eficacia, como en la eficiencia de sus servicios a los ciudadanos, constituye en sí mismo el horizonte único sobre el que se debe trabajar. Sin embargo, los procesos de victimización son más complejos y no se puede analizar todo bajo un prisma simplista de una selectividad unidimensional. Por otra parte, la población en su conjunto reclama una mayor eficiencia y ello marca un problema general que merece solución. Asimismo, se trata de poner en marcha garantías constitucionales impostergables: la reforma es, antes que nada, un procedimiento técnico de concreción de esas exigencias sociales y constitucionales. Los países deben llevar adelante estas reformas dentro de los programas de modernización del Estado democrático.

19. Desde una tercera visión se encara el problema de reforma con una mirada más compleja y matizada. Ya hemos se-

ñalado que una de las características importantes del proceso de reforma de la justicia penal ha sido el que fuera encarado bajo la lógica de políticas públicas. Ello no implica, por otra parte, que no se reconozcan sus componentes técnicos específicos, pero ese reconocimiento no implica tampoco asumir algo así como una especialidad que no tenga también otros campos de intervención. También se debe asumir las funcionalidades políticas, el peso de las tradiciones, etc. En ese contexto de múltiples variables, sumado a la inestabilidad o las turbulencias propias del proceso democrático, hace necesario asumir que si se trata de un proceso de largo plazo, necesariamente deberá transitar diversas etapas, adaptarse a entornos distintos, profundizar diagnósticos sobre la marcha, es decir, asumir las complejidades del ciclo de políticas públicas. El análisis de políticas públicas es también otro antídoto contra el pensamiento mágico que todavía campea en el estudio de estos procesos. Lo más importante, nos dirá este tercer enfoque, no es renegar de los avances y retrocesos ineludibles, sino tratar de lograr una planificación de largo plazo, que permita mantener el problema en agenda, renovar la mirada sobre la realidad, inventar nuevos instrumentos de intervención y monitorear el proceso con la mejor información posible. Todo esto no es sencillo, pero implica asumir un camino de desarrollo progresivo, que parece ser el camino más seguro para darle sustentabilidad a un proceso de cambio complejo. De este modo, análisis exitistas que nos hablen del “triunfo” de la reforma o, de modo contrario, aquéllos que rápidamente hablan del “fracaso” del proceso de reformas, carecen de sentido frente a procesos largos y complejos donde se producen ajustes en un sentido u otro, marchas y contramarchas, retrocesos fundados en razones ideológicas o burocráticas e innovaciones que hacen avanzar a veces a saltos el proceso de cambio.

II. Discusiones iniciales en el proceso de reforma

20. Reorganización total o ajuste incremental. Es importante señalar, en consecuencia, algunas de las discusiones iniciales del proceso de reforma. La explicación de los problemas por etapas (o generaciones de problemas, como hacemos) no debe entenderse en el sentido de que cada etapa o generación de problemas agota o resuelve los problemas propios o detectados en ese momento. Se trata, antes bien, de un proceso de progresiva complejidad que reclama nuevas formas de intervención. En un primer momento, entonces, se discutió si el estado inicial de la reforma (sistemas inquisitivos más o menos puros, fuertemente escriturizados, burocratizados, que convivían con fallas estructurales en su sistema de garantías, con altos niveles de autonomía policial, carentes de recursos y organizados de un modo obsoleto y deficiente) sobre cuyo diagnóstico base existían fuertes coincidencias –pese a la crónica ausencia de datos, que pervive hasta hoy- podía ser reparado mediante una política de reformas urgentes o era necesario un cambio total, completo, de las reglas de juego. Favorecía la primera opción el hecho de no postergar un mensaje político de rechazo al estado de la justicia penal, la falta de recursos técnicos para diseñar y ejecutar un plan completo de reforma, las dificultades no sólo propias de un plan de largo plazo sino las propias de un ámbito como el judicial con pocos recursos, muy apegados a sus propias rutinas y escasa o nula vocación de cambio. De hecho, en los primeros momentos de la reforma se diseñaron leyes orientadas a un cambio parcial. Por otra parte, sustentaba una política de cambio total el hecho de que algunos de los objetivos centrales del proceso de cambio (como el establecimiento de la oralidad) era muy difícil de lograr sin un cambio total de reglas y en general porque el agotamiento del modelo inquisitivo y su inadecuación a las exigencias de la nueva situación democrática no se podía resol-

ver con leves ajustes. Algunos países (como el Salvador, Argentina, Bolivia, etc.) resolvieron esta tensión haciendo ambas cosas, pero pronto la reforma integral ocupó el espacio central de la discusión.

21. Tradiciones nacionales o leyes “importadas”. La búsqueda de un modelo para la reforma integral constituyó otra discusión de importancia. Existía en la literatura –pero mucho más en la conciencia difusa de ciertos sectores de la abogacía o la política- la idea de que el “mal” de nuestra región había sido la copia lineal de la legislación extranjera. Este debate conocidos como la importación de leyes⁴ generó tensiones y búsquedas alrededor del modelo. En este sentido cumplió una función importantísima el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, producto del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que, si bien tenía como base la legislación alemana e italiana, proponía un sistema acusatorio que era el resultado de la evolución de los estudios de una institución que nucleaba a casi todos los procesalistas de la región latinoamericana. El hecho de que ese modelo haya ido decantando a lo largo de casi cuatro décadas de trabajo en un modelo acusatorio que establecía mixturas entre la tradición anglosajona y la reciente incorporación de ese modelo en la Europa continental (reformas alemana, portuguesa, italiana, etc.) facilitó la superación de ese debate, a la vez que introducía modelos de legislación no siempre claros acerca de su orientación final porque como ocurre en toda legislación se produce una mixtura de fuentes producto de la lucha de intereses presente en el proceso legislativo. Es decir, el problema de la legislación importada no pasó de ser un debate marginal, dado que, en la experiencia legislativa concreta, todos los países utilizan el derecho comparado de un modo directo y central.

⁴ Sobre este tema en particular ver Pasara, Luis (2015); Binder/Obando (2004)

22. Unidimensionalidad normativa o multidimensionalidad. Otra de las características iniciales de esta primera generación de problemas consistió en el intento de superar la tradicional unidimensionalidad normativa de las reformas judiciales. No era la primera vez en la historia que la región optaba por un cambio total de Códigos. De hecho, muchos países habían pasado de la legislación española a la francesa mediante cambios bastante importantes en sus Códigos procesales o mediante sustituciones totales. Sin embargo, la experiencia general era que esas modificaciones no habían logrado alterar en lo fundamental las prácticas anteriores y que se había carecido de un plan de intervención que fuera más allá de la aprobación de las leyes, la creación de algunos tribunales y algo de capacitación para los operadores. En gran parte ello era el resultado de la propia estructura de esas leyes, ya que en la medida que no modificaban las reglas de la instrucción de los casos –que en el modelo napoleónico seguía atada a la lógica inquisitorial, y el juicio oral era altamente dependiente de la producción de prueba escrita- no producía mayor contradicción con las prácticas escrituristas vigentes entonces. El proceso de reforma de la justicia penal toma nota de ese fenómeno histórico y plantea de entrada *la multidimensionalidad del proceso de cambio*. No se debía tratar de un simple cambio de leyes sino de un proceso complejo que actuara también sobre la dimensión administrativo-gerencial, sobre la incorporación informática, sobre los perfiles de los operadores y su capacitación, sobre el diálogo con la sociedad, etc. Esta multidimensionalidad provocó un fuerte impacto sobre los procesos de implementación y si bien fue asumida como una nueva doctrina del cambio, no llegó a ser asumida en toda su profundidad técnica, limitando la posibilidad de los nuevos Códigos de influir de un modo completo sobre las prácticas y abriendo paso a que, en menor medida, pero se repitieran los problemas propios de las viejas estrategias unidimensionales.

23. La cuestión estratégica: ¿por dónde dar inicio al proceso de cambio? La toma de conciencia de que el proceso de cambio se trataba de una compleja trama de dimensiones entrelazadas e interdependientes provocó un debate inicial sobre la estrategia más conveniente. ¿Era un camino adecuado cambiar radicalmente el modelo de la legislación sin tener capacitados a los operadores futuros? ¿O hacerlo con una notoria carencia de recursos? ¿Cómo hacer para que esos operadores aprendan el nuevo funcionamiento y se capacitaran? ¿Se puede poner en marcha un nuevo sistema de esas características sin tener la infraestructura adecuada? ¿O hacerlo sin que las organizaciones policiales fueran también reformadas? Cada una de estas preguntas apelaba a un conjunto más que razonable de problemas, pero también se proyectaba sobre un contexto real de producción de la política que no permitía contestar a cabalidad cada una de ellas o terminaba generando un escenario conservador, con el peligro de dejar pasar el momento de mayor voluntad política de cambio. La cuestión estratégica, entonces, consistía en elegir las mejores variables para desencadenar un proceso de cambio en el corto plazo, aprovechar la energía política disponible, asumiendo los riesgos que el contexto convertía en ineludibles, pero tratando a la vez de estabilizar y dinamizar lo más posible el proceso de cambio. En términos generales ello se logra finalmente ratificando el diseño de *reforma integral* y adicionándole *planes de implementación*, más o menos extensos, que trataran de remediar, por lo menos escalonadamente, algunos de los problemas señalados por las preguntas indicadas, aunque en ningún caso se logró transitar un escenario, no digamos ideal, sino al menos estabilizado y de menor riesgo. El caso chileno es quizás el único que permitió estabilizar el escenario de reforma, en tanto se encontraba estabilizado su escenario político.

24. Sustentabilidad: avances y retrocesos. Ahora bien, la aparición de los *planes de implementación* si bien permitió encontrar una clave estratégica que permitiera darle viabilidad a la visión de reforma integral y proyectar muchos de los problemas sobre el futuro inmediato generó no sólo nuevas discusiones sino la necesidad de manejar dos realidades nuevas: una, las organizaciones judiciales, en algún punto principales responsable de la puesta en marcha, carecían de las herramientas para gestionar ese cambio y no estaban acostumbradas a liderar procesos de ese tipo. En aquéllos países donde los grupos reformistas o un grupo de personas en particular (o incluso una sola de ellas) lograba mantener un liderazgo activo, los problemas se podían encarar con mayor soltura pese a la dificultad. En otros, donde ello no existía y, por lo tanto, se debían encargar las instituciones y autoridades formales, la tendencia a que el proceso de implementación se paralizara (aun en las etapas de diseño) mostró una nueva dificultad, que hasta el presente no se ha podido resolver. Por otra parte, en la medida que los procesos se proyectaban por años o se lentificaban en su ejecución comenzó a plantearse el problema de los retrocesos, la desaparición de la energía política o el cambio de rumbo de esa misma voluntad. La idea que el proceso de cambio tenía que *administrar avances y retrocesos en un contexto político cambiante* constituye una novedad para la escasa capacidad y cultura de la planificación en el mundo de las reformas judiciales. Pese a que ello ha sido objeto de seminarios, talleres, estudios, etc., sigue siendo en el presente un problema difícil de manejar.

25. Regionalización y redes de colaboración. Otro de los elementos característicos de estas primeras etapas de la reforma de la justicia penal es que, en todo momento, se aprovecharon las redes de cooperación entre los propios países dispuestos al

cambio. Ya hemos señalado la función que cumplió el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, no sólo para conciliar tradiciones y dar una base de respaldo a los proyectos locales sino para proveer un lenguaje común para la reforma. Ese Código Modelo había sido el producto de la cooperación de los distintos grupos académicos lo que permitió también una red de difusión de ideas más amplias. Los diversos grupos reformistas solo tuvieron que rescatar esa actividad previa y llenarla de nuevos contenidos, revitalizando la red de trabajo y permitiendo compartir experiencias, no ya sobre los contenidos técnicos sobre el proceso penal sino sobre las dificultades de la puesta en marcha y la ingeniería de planificación y ejecución. En consecuencia, se produjo ahora una regionalización de la justicia penal que ya no se sustentaba en la matriz histórica común sino en los intentos compartidos por solucionar ese problema. Ya se tratara de cooperación entre institucionales judiciales, grupos académicos o grupos de organizaciones no gubernamentales, lo cierto es que la reforma de la justicia penal se proyectó sobre una realidad regional pero no del modo en que muchas veces esa dimensiones vuelve superficiales los problemas locales sino, al contrario, permitiendo que la inexperiencia de cada grupo local fuera mitigada por las experiencias de otros grupos de reforma y generando un espacio de intercambio que no era usual en este campo. Esa tendencia finalmente se ha consolidado y lo demuestra el nacimiento de redes institucionales entre las Cortes Supremas, el Ministerio Público Fiscal, las Defensas Públicas e incluso entre las organizaciones no gubernamentales.

26. La participación e influencia de la cooperación internacional. Finalmente, un nuevo componente contribuyó a la complejidad inicial de la reforma de la justicia penal. En algunos países, la cooperación internacional, en particular la bilate-

ral, y más precisamente la cooperación de los Estados Unidos de Norteamérica, mostró una intención, no sólo de ayudar en el proceso de cambio, sino de participar activamente en él. Ello significó, por una parte, un impulso político y material enorme para algunos países que carecían de recursos, así como terminó de convencer a ciertos sectores políticos atentos especialmente a sostener buenas relaciones con ese país; pero, por otra parte, abrió nuevos debates acerca de si el proceso de reforma era un producto genuino de los intentos de democratización de cada país o una imposición extranjera. La irrupción inicial de esa forma de cooperación –y luego de otros actores públicos y privados de cooperación bilateral – norteamericanos, canadienses, españoles, alemanes, noruegos, etc.- ha generado un desafío no siempre manejado con habilidad. La aparición de fondos a veces excesivos para la madurez del proceso de cambio, la participación necesaria de consultores extranjeros con distintas visiones, intereses, formas de trabajo, etc., contribuyó tanto a dinamizar como a crear nuevos problemas. Más allá del debate político sobre el manejo de esa nueva realidad de la cooperación internacional, lo cierto es que el conjunto de esa cooperación tan diversa contribuyó a darle riqueza al debate sobre la reforma. Para algunos países se convirtió en el único camino para conformar equipos técnicos; otros llevaron adelante sus reformas sin ninguna participación de la cooperación internacional. De hecho, la convivencia con esos actores permitió alcanzar mayor madurez política y técnica al proceso de cambio y abrió puertas para un intercambio con los países desarrollados que fuera más allá de las reglas de cooperación internacional judicial, lo que todavía es una tarea pendiente.

III. Primera etapa del proceso de reforma: reformas de primera generación.

27. **Sistema acusatorio y sistema inquisitorial: la nueva división de funciones.** Por fuera de cualquier definición de “modelos”, lo importante es que la adopción de los nuevos sistemas acusatorios implicó una profunda *división de funciones en el proceso penal*. Lo que antes era una concentración de funciones y poderes en la figura del juez de instrucción pasa ahora a ser una repartición de esas funciones entre los acusadores, preferentemente los acusadores públicos, es decir, los fiscales, quienes asumen toda la tarea de preparación del caso y su presentación en juicio, los defensores quienes asisten al imputado con total autonomía y una nueva y más fuerte organización para los defensores públicos y los jueces, que reservan para sí lo estrictamente jurisdiccional, es decir, *la resolución de los litigios, en particular, el dictado de la sentencia*. Según cada proceso en particular esta división ha sido más o menos tajante, según el peso de las tradiciones inquisitoriales o la desconfianza hacia los fiscales. Por otra parte, en esta primera generación de cambios se establece como criterio determinante el *juzgamiento oral, es decir, mediante un juicio oral y público realizado ante jueces profesionales o en unos pocos casos ante jurados*. Esta reorganización del proceso penal produjo un gran impacto porque hacía desaparecer la figura antes protagónica del proceso penal a la vez que nacían dos nuevas instituciones, el Ministerio Público Fiscal (en la gran mayoría de países, claro está, ya existía, pero era una institución más o menos débil y sin gran protagonismo) y en particular la Defensa Pública organizada como una nueva institución también más o menos autónoma. Por otra parte, si bien ya existía leyes que establecían la oralidad, adquiere ahora un nuevo impulso y si bien imperfectamente comienzan a llevarse adelante muchos

más juicios orales. Se acepta, además, que ese es el único modo de juzgamiento admisible según las Constituciones nacionales y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, comenzando una lectura del proceso penal *desde el bloque de constitucionalidad*. Se asume, ahora, que las reglas básicas del proceso penal están definidas ya en las leyes fundamentales y constituyen ellas mismas derechos humanos fundamentales.

28. **La diversificación de salidas y respuestas. redefinir la eficacia del sistema penal.** Por otra parte, las primeras y nuevas legislaciones, rompen con el carácter rígido del régimen de la acción pública, que producía la ficción de que todos los delitos debían ser investigados por igual, lo que en la práctica significaba que la inmensa mayoría de ellos quedaban archivados o prescribían. Frente a ello, se introduce nuevas reglas de flexibilización y oportunidad que permiten *diversificar* las respuestas del sistema penal sin empujar todos los casos hacia la irrealizable tarea de utilizar el juicio oral para todas las situaciones. Nace así una nueva realidad que permite redefinir el concepto de eficacia y también permite cambiar la relación con los imputados y con la sociedad en su conjunto. En particular la introducción de formas *conciliatorias* abrió las puertas hacia soluciones de mayor extensión y calidad y las distintas formas de *suspensión condicional del proceso*, permitió diversificar las respuestas punitivas, incorporando todo el conjunto de penas alternativas a la cárcel en el proceso penal, lo que no se había logrado plenamente en las reformas de los Códigos Penales. Esta nueva dimensión del proceso penal produjo un gran impacto, no sólo en las prácticas sino en la capacitación e incluso en la literatura disponible. No obstante, pronto se demostró que las instituciones judiciales, tanto el Ministerio Público Fiscal, como los jueces y en gran medida la abogacía, no estaban todavía preparados para aprovechar con rédito estas nuevas instituciones.

29. La emergencia del problema de la víctima. De la mano de estas nuevas instituciones, pero también como expresión de cierto espíritu de época mucho más sensible a los problemas de la victimización en general, no sólo en América Latina sino en el resto del mundo, la nueva legislación procesal hace un reconocimiento expreso de nuevos y más amplios derechos de la víctima. Ello respondía, en gran medida, a un profundo cambio de paradigma: de considerarla como un sujeto negativo dentro del proceso, portador de venganza o dispuesto a convertir su dolor en un negocio económico, se pasó a una mirada mucho más comprensiva de su situación y a una revalorización de la búsqueda de reparación o justicia. La mirada puesta en los grandes procesos de victimización propios de las violaciones a los derechos humanos durante las dictaduras influyó en gran medida para consolidar esta mirada positiva sobre la víctima. Pero más allá de este reconocimiento en las leyes (o de las políticas de reparación en casos de violaciones a los derechos humanos durante el Terrorismo de Estado) este impulso alcanzó apenas para construir nuevas oficinas de asistencia a la víctima, las que no siempre fueron dotadas de recursos suficientes o proporcionados a la gravedad del fenómeno que se reconocía. En el fondo, el paradigma benevolente no pasaba de generar una sensibilidad hacia casos graves de abuso sexual o situaciones similares y a realizar un no siempre eficaz acompañamiento de las situaciones de crisis que acompañaban a esos casos. No obstante, se debe reconocer que abrir la puerta a la víctima en el proceso penal fue un avance notable dentro de la necesidad de un cambio de forma de relacionamiento entre la sociedad y la administración de justicia.

30. Las garantías del imputado como sistema: clarificaciones conceptuales y normativas. Desde la otra cara del proceso penal, también se produce un reconocimiento mucho más extenso y profundo de los derechos del imputado. No sólo las

prácticas del sistema inquisitorial habían convertido al imputado en un objeto del proceso, tratado muchas veces con crueldad inusitada, sino que las propias leyes eran reacias a reconocerle sus derechos fundamentales. En ese sentido el proceso de reforma actúa en dos direcciones complementarias. Por una parte, amplía el catálogo de los derechos básicos de información, control de detención y resguardos de la declaración como acto de defensa y, por la otra, amplía los alcances y la obligatoriedad de la asistencia técnica de un defensor desde los primeros momentos del proceso. Normas contundentes, tales como la consulta previa con un defensor antes de prestar declaración o la obligación de la presencia del defensor durante la declaración en la etapa preparatoria, constituyen ellas mismas un avance enorme respecto de la legislación anterior que reconocía el derecho de defensa, pero no extraía las consecuencias más importantes, en particular durante los actos iniciales del proceso, cuando esa defensa era más imperiosa para evitar las declaraciones coaccionadas. De este modo, al fundamento constitucional y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se agrega ahora una legislación secundaria mucho más precisa y profusa que aclara de un modo mucho más concreto el modo correcto del tratamiento de la persona imputada de un delito, desde que esa imputación existe, sin subordinar el ejercicio de esos derechos a autorizaciones estatales o a específicas etapas del proceso.

31. El nuevo desarrollo de las defensas públicas. Pero no sólo allí quedó el punto de los derechos del imputado. La nueva amplitud del reconocimiento de sus derechos, así como las nuevas facultades de su defensor podían fácilmente quedar atrapadas en las tradiciones formalistas, propensas a una incorporación inocua de estos derechos o su subordinación a requisitos menores que no surgían de la ley, pero se volvían obstáculos insuperables en la práctica de los sistemas. Por otra parte, dada

la orientación selectiva hacia los imputados más pobres y vulnerables de la sociedad, resultaba imperioso un salto de calidad en la organización de las defensas públicas. Salvo algunos países, el paradigma dominante era en esa época que el defensor particular estaba obligado por leyes éticas o reglamentarias a prestar servicio gratuito al imputado indigente. Nos es difícil concluir que ello implicaba en los hechos una defensa formal y de baja calidad, pese a las proclamas del derecho concedido para defenderse. La reforma de la justicia penal planteo desde el inicio la necesidad de contar con un nuevo paradigma de defensa pública, creando instituciones fuertes, con una inversión estatal considerable, con defensores pagados por el Estado y por fuera de todo tipo de consideración caritativa. Ello provocó el nacimiento o la extensión de nuevos modelos de defensa pública y la aparición en América Latina de una nueva institución. No todos los países tomaron las mismas decisiones o diseñaron la defensa pública del mismo modo, pero en términos generales se produjo un salto institucional enorme en la consideración de este problema.

32. Mecanismos de control de la duración del proceso.

Una última variable importante del proceso de reforma (no se agotan aquí todas las dimensiones, sino que se destacan las de mayor impacto, en particular en una consideración política del problema) consiste en los nuevos mecanismos de control de la duración del proceso. En la medida que se le presta mayor atención a los Pactos Internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho a una decisión en tiempo razonable adquiere mayor centralidad frente a las prácticas de procesos que se eternizaban. Sobre esa base, muchas de las nuevas legislaciones construyen nuevos mecanismos de control del proceso, estableciendo una mayor rigurosidad y abandonando la idea de que se trataba simplemente de establecer plazos legales. La aparición de la idea de *máxima duración del*

proceso, el mayor rigor en el pedido de prórrogas por parte de los fiscales y en particular la introducción de consecuencias sustantivas ante el paso del tiempo, tales como la caducidad de la acción, la obligación de realizar ciertos actos en tiempos más breves, etc., plantean un nuevo paradigma del control del tiempo y, en consonancia con ello, de la mora judicial. El uso creciente de sistema informático de gestión de casos, con capacidad para llevar conteos masivos sobre la duración de los procesos o de actos procesales en particular sirvió también para un cambio tanto de modelo como de actitud frente a este problema estructural. No siempre los nuevos sistemas fueron aceptados por los jueces o los fiscales, que trataron –y tratan aún– de evadir el control sobre el tiempo, ya sea con prácticas dilatorias explícitas o simplemente no tomando en serio los efectos del transcurso del tiempo sobre las causas. Sin embargo, los defensores comienzan desde esa época hasta el presente a utilizar cada vez con mayor frecuencia mecanismos de control de la duración de las etapas procesales, con impacto, incluso, en la duración de la prisión preventiva.

IV. Problemas irresueltos en la primera etapa

33. **Las primeras evaluaciones. Logros y deudas.** Se debe destacar que una característica importante del proceso de reforma, como desarrollo de una determinada política pública, es que ha tenido capacidad de ir realizando evaluaciones, más o menos profundas, según cada país, pero en todo caso proveedoras de información empírica sobre la marcha de los procesos de implementación de la reforma integral. Se ha discutido sobre las metodologías o sobre la extensión de esas evaluaciones, pero en todo caso, frente a un panorama de ausencia casi total de ese tipo de trabajo, no debe dejar de destacarse la importancia de

ellas. Ya sea las que se realizaron por las propias instituciones o los equipos técnicos vinculados al monitoreo de la reforma o centro y universidades vinculadas al tema, lo cierto es que al poco andar de la reforma ya contamos con una primera visión de sus resultados.⁵ Frente al facilismo de cantar victoria o proclamar fracasos, lo destacable de la gran mayoría de esas evaluaciones ha sido que ellas señalaban problemas precisos en los que la reforma de la justicia penal no daba todavía los resultados esperados o marcaba nuevas y más profundas dificultades. Aun más: mostraba una tendencia a lo que desde entonces se llama la *reconfiguración inquisitorial del sistema acusatorio*, es decir, que el sistema en sus variables principales tendía a funcionar del mismo modo que antes. Esto por supuesto no de un modo completo, pero lo suficientemente grave como para generar una nueva batería de medias de intervención. Se toma conciencia, pues, que la acción de los operadores, a través de prácticas concretas, a veces meramente burocráticas o aparentemente inocentes, lograban que el nuevo sistema de justicia penal, a pesar de las nuevas reglas, funcionara, en los hechos, de un modo bastante cercano a lo que se quería abandonar, es decir, escriturismo, lentitud, selectividad no orientada por la planificación, así como los grandes objetivos de oralidad y publicidad de los juicios se veían opacados por las suspensiones de las audiencias, la incorporación de prueba escrita, la continuación del papel activo de los jueces supliendo a las partes, la falta de litigio adversarial, etc. A todo ese conjunto de problemas se comienza a denominarlo “reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios” y constituye un problema al que se le comienzan a buscar soluciones.

⁵ El conjunto de evaluaciones sobre esta primera etapa de la reforma se encuentran publicados en www.cejamericas.org

34. Las dificultades en la práctica de la oralidad. La primera de esas conclusiones tenía que ver con las graves dificultades para realizar juicios orales de calidad. Esto en dos dimensiones principales: en primer lugar, se observaba una alta tasa de suspensiones, incluso de juicio de importancia o impacto social. Esas suspensiones tenían que ver con problemas de agenda de los operadores, de traslado de detenidos en prisión preventiva, de citaciones de testigos, etc. En términos generales la organización judicial demostraba una alta incapacidad para resolver los problemas prácticos para la realización del juicio oral y ello provocaba desazón en las víctimas, violaciones en los derechos de los imputados, mora judicial y excesos en la duración de los procesos. Por otra parte, el juicio en sí mismo mostraba *una baja calidad del litigio*, ya sea porque la producción de la prueba seguía atada a la práctica de reproducir lo escrito, porque los litigantes no tenían una visión clara y estratégica de sus objetivos, porque carecían de técnicas de interrogatorio adecuadas, continuando con alegatos puramente retóricos fundados en un pobre análisis del caso. A su vez, los jueces continuaban con sus prácticas inquisitivas durante el juicio, suplantaban la actividad de las partes con largos interrogatorios autónomos, valoraban prueba previa al juicio o redactaban sentencias de un modo incomprensible e infundado. Dificultades en la puesta en marcha del juicio oral por prácticas administrativas arcaicas e incapacidad para litigar y juzgar sobre las nuevas reglas del juicio imparcial constituían escollos lo suficientemente graves como para generar una crisis en el proyecto de la oralidad de la reforma.

35. Burocratización de la investigación y predominio del mero trámite. Por otra parte, en la propia preparación de los casos se encontraban vicios y dificultades mayores. En primer lugar, las relaciones de trabajo entre fiscales y policías en lugar de normalizarse bajo nuevas formas de trabajo, ingresaron a un

juego de competencia negativa o de franca desconfianza mutua. Los propios fiscales, al no tener reglas claras de cómo organizar y documentar su trabajo, pronto cayeron en las viejas prácticas del expediente, de tal modo que muchas de las investigaciones no eran más que el reflejo del viejo modo de proceder, incluso ahora más desordenado que antes. La aparición de nuevas formas de criminalidad o de formas más extensas de violencia e, incluso, la simple aparición de sentimientos de inseguridad o temor al crimen más extendido, pusieron en crisis las propias doctrinas del Ministerio Público, que comenzó a oscilar entre la demagogia que lo impulsaba a dar respuesta fácil a los reclamos sociales o la indiferencia que lo llevaba a refugiarse en el viejo aislamiento judicial. Finalmente, el control del flujo de trabajo, la falta de supervisión adecuada, la debilidad de las formas de conducción de los Fiscales en Jefe y la carencia de un fuerte apoyo tecnológico a la investigación, generaban un cuadro de falta de resultados que necesitaba una reestructuración importante de las formas de trabajo y en particular de los modos de organización.

36. La tradición inquisitorial en la práctica de los operadores. En ambas dimensiones encontrábamos una fuerte persistencia de la tradición inquisitorial. Ya no expresada de un modo profundo o grandilocuente, sino enquistada en prácticas menores y aparentemente inocentes. En gran medida, los operadores judiciales sólo sabían —y también en buena medida querían— tramitar papeles, llevar adelante expedientes y refugiarse en el rigorismo de formas vacías. Atrás de estas prácticas se encontraba lo más profundo de la ideología inquisitorial: la preeminencia de la visión infraccional del derecho penal y el rechazo a hacerse cargo y gestionar los conflictos subyacentes. Esta fuerza de la tradición inquisitorial lleva a que tanto en la literatura como en la consideración general del problema aparezca el concepto de *cultura*

inquisitorial como el gran obstáculo a vencer, sin que se sepa con mucha claridad que es lo que ello significaba y que acciones eran indispensables para enfrentarla. Por otra parte, se toma conciencia de que la capacitación, que se había realizado con mayor o menor intensidad, era incapaz para frenar la adhesión a esas tradiciones o dotar de las nuevas habilidades y disposiciones requeridas por el nuevo sistema. El optimismo pedagógico que había caracterizado esta primera etapa de trabajo comienza a ponerse en crisis, sin que aparezca todavía un nuevo modelo que lo sustituya.

37. El abuso de la prisión preventiva. Desde otro punto de vista, la prisión preventiva, que había sido foco de graves críticas en los sistemas inquisitoriales pre reforma, demostraba ser una institución resistente al cambio, mientras se apoyaba en dimensiones muy fuertes de la práctica del sistema. Si bien en muchos países la aprobación de nuevos Códigos significó una baja importante de los porcentajes de preso sin condena, pronto el sistema reaccionó endureciendo esa legislación o los jueces cambiaron su jurisprudencia presionados por la opinión pública. La duración máxima de la prisión preventiva, resultado de las nuevas políticas de control de la duración del proceso, produjo su efecto, pero pronto se comenzaron a diseñar excepciones para extender esos plazos o el conteo de los mismos en base a excepciones fundadas en la actividad dilatoria de la defensa. El progresivo deterioro de las condiciones carcelarias y la sobrepoblación creciente de todos los centros de detención, agravó la crítica a la prisión preventiva. En consecuencia, pronto se adquirió conciencia de que la batería de reglas diseñadas hasta ese momento no era suficiente para poner límites, o por lo menos control, a un fenómeno en el que se expresaban tendencias muy profundas de las prácticas no sólo del sistema judicial sino del policial y carcelario.

38. Preocupación superficial por la situación de la víctima. Si bien el avance de la consideración de los problemas de las víctimas había sido un logro de esta primera etapa de la reforma, las organizaciones judiciales no habían logrado darles a las respuestas diseñadas para enfrentar este problema, el volumen que se necesitaba para adquirir niveles aceptables de eficacia. Además de ello, la matriz de atención del problema era todavía simplista y orientada a un tipo particular de casos. Pero esta situación pronto entrara en crisis por varias circunstancias. En primer lugar, el aumento de los estudios sobre victimización demuestra que se trata de un fenómeno mucho más extendido de lo que se conocía hasta entonces y que ciertos prejuicios tales como los sectores pobres vistos más bien como agresores de los sectores medios y altos eran arquetipos totalmente incorrectos: las mayores porciones de victimización se dan en los propios sectores más vulnerables de la sociedad, desmejorando aún más condiciones ya muy precarias de existencia. Por otra parte, irrumpe en el escenario formas de victimización relacionadas con la violencia de género o la trata de personas que se convierten en reclamos de gran fuerza y van mostrando poco a poco que se trata de conflictos sociales de gran envergadura y, en algunos casos, de masividad. Finalmente, la sociedad demuestra una nueva sensibilidad frente al delito que la aqueja, generando también una sensibilidad mayor frente a la despreocupación por la situación de las víctimas. Este conjunto de factores, o va demostrando que el conjunto de respuestas diseñadas hasta ese momento para encarar un nuevo trabajo por y junto a las víctimas, era pobre y endeble en relación a la magnitud del problema.

39. La deficiencia en las investigaciones complejas. Otro inconveniente que se manifestó con rapidez —y en gran medida tributario de la burocratización de la investigación— consistió en la escasa y a veces nula capacidad del sistema de persecución

penal para llevar adelante investigaciones complejas, que requerían cooperación de varias organizaciones estatales (criminalidad económica, impuestos, delitos ambientales, lavado, etc.) y, en todo caso, un diseño inteligente de la investigación. La incapacidad de armar equipos de policías y fiscales estables, la falta de bases de datos que permitieran confrontar información masiva, las dificultades para que el propio Estado le brinde colaboración o le conteste los pedidos de información a los propios fiscales, la falta de integración entre querellantes y acusadores públicos; en fin, un sinnúmero de prácticas y circunstancias consolidadas o enquistadas en las organizaciones demostraban que frente a los delitos que provocaban graves daños sociales la respuesta del Ministerio Público y la Policía seguía atada a patrones comunes propios de los delitos menores o de flagrancia. En el caso del narcotráfico se produjeron algunos intentos de modernización, pero no bien las estrategias debían derivar por razones de eficiencia hacia la dimensión financiera de ese mercado ilegal se manifestaban los mismos problemas.

40. La duración del proceso y la mora judicial. Ya hemos visto que el control de la duración del proceso constituía uno de los objetivos de las reformas de primera generación. Se pudo observar que en una primera etapa, el tipo de medidas legislativas diseñadas tenía gran capacidad de provocar un mayor control, pero en tanto no estaban acompañadas de una práctica organizacional de control sobre el stock de causas, es decir, si no se planificaban las respuestas en base a la capacidad real de trabajo y no se construían políticas de respuesta adicional a ese acumulado de casos, se producía un círculo vicioso entre mora y sobrecarga de trabajo, que no solo generaba condiciones objetivas para que el plazo legal previsto no se pudiera cumplir sino que brindaba una excelente justificación para consolidar las prácticas que eran generadoras de esa mora. De este modo el sistema se volvía a es-

tancar en las prácticas ya conocidas y la respuesta legislativa más fácil consistía en aligerar los estándares de duración del proceso, premiando la burocratización y la falta de previsión.

41. Los problemas de la implementación de la primera etapa. Algunos de estos problemas provenían de errores de diseño o de limitaciones del diseño provenientes de las necesarias transacciones políticas, propias de un proceso de cambio que necesita aprobación del sistema político. Otras provenían de limitaciones del modelo de las organizaciones, de la falta de recursos por falta de inversión o deficiencias en la capacidad real de los operadores judiciales y de su compromiso con el cambio. Pero otras provenían de las deficiencias de los procesos de implementación o puesta en marcha de la reforma. Ello se produjo por varias circunstancias. En primer lugar, la pérdida de energía política producto del cambio de época, de gobierno o la demora en tomar las decisiones acerca del diseño provocó que luego no se le prestara atención a la creación de instituciones y métodos para la puesta en marcha o se lo hiciera de una manera débil. En segundo lugar, es ineludible que una parte importante de la puesta en marcha sea realizada por las propias organizaciones judiciales. Ellas demostraron muy poca capacidad para llevar adelante esta tarea, sea porque no tenían liderazgo o las oficinas formales para hacerlo o porque la entrada del sistema les dificultaba dirigir el proceso y hacerse cargo de su cotidianeidad al mismo tiempo. En tercer lugar, los procesos de implementación han sido una continuación del debate político sobre el cambio. No es que se aceptaran las decisiones legislativas y luego se trabajara para ponerlas en marcha de un modo leal y sincero; muchos operadores continuaron apostando a la suspensión, su derogación posterior o modificación y usaron para ese propósito la inacción o falta de colaboración para generar crisis en el proceso de puesta en marcha. Frente a ello se buscó diseñar entradas progresivas que

aligeraran las cargas de planificación y dirección del proceso y permitieran un aprendizaje de la mano de los segmentos que ingresaban al nuevo sistema, pero salvo excepciones esos métodos también han estado atravesados por los mismos problemas.

42. Todo este conjunto de hallazgos empíricos, problemas estructurales, deficiencias organizativas, tradiciones culturales ajenas al nuevo modelo y decida o incapacidad de muchos operadores, en lugar de provocar un debate estéril acerca del fracaso de la reforma o su abandono o parálisis, motivaron, en primer lugar, una actividad de estudio, evaluación y discusión acerca de las causas de esos comportamientos o resultados, provocando un conocimiento mayor sobre el proceso de reforma como desarrollo de una política pública –y no meramente como un cambio de proceso o de sistema procesal– y una toma de conciencia de la profundidad de muchas de esas dificultades, enraizadas en la matriz histórica de la que ya hemos hablado. Pero también, en segundo lugar, empujaron al diseño de un conjunto nuevo de herramientas, métodos de intervención o perspectivas de trabajo, que hoy son ya consideradas como parte esencial del proceso de reforma, en particular para remediar estos problemas, para prevenirlos o para disminuir ese impacto y, en términos generales, para comenzar a controlar o remediar la *reconfiguración inquisitorial* a la que ya nos hemos referido. A ese conjunto de medidas se las conoce hoy como *reformas de segunda generación* y son una respuesta clara a los problemas hallados en las primeras evaluaciones de la reforma y un intento firme y profundo de ajustar el proceso de cambio, en base a nuevos diagnósticos sobre la situación y las tendencias profundas del modelo de justicia penal en sí, como la pervivencia de prácticas en los operadores mucho más resistentes de lo pensado a la mera capacitación judicial.

V. Segunda etapa. El diseño y puesta en marcha de reformas de segunda generación

43. Sistema acusatorio y sistema adversarial. La necesidad de destacar algunos de los problemas principales de la etapa anterior llevaron incluso a incorporar algunos nuevos conceptos o a poner nuevos énfasis en otras dimensiones del sistema de justicia penal. Así como en la primera etapa se insistió en el carácter acusatorio del sistema, para así destacar la idea de que le correspondía a los acusadores probar en juicio oral y público su acusación y que a ellos les correspondía la carga de preparar el caso para ello, ahora se busca poner énfasis en que esas tareas, así como las de defensa y resolución del caso, tienen que llevarse adelante en un *contexto de litigio*. Ello no implicaba ningún cambio de fondo –salvo algunos ajustes en el diseño de los sistemas normativos para acentuar las facultades de las partes y diferenciarlas del papel del juez- pero sí marcaba la importancia de ciertas técnicas y ciertas reglas para que el juicio imparcial fuera una realidad y no una mera ritualización del expediente previo. No obstante, la pregunta principal seguía siendo como formar y capacitar a los operadores judiciales dándoles un uso adecuado de las herramientas de litigio. Las Escuelas de Leyes han sido hasta el presente reacias o lentas en modificar sus métodos de enseñanza para preparar a los alumnos a esta nueva realidad. Las Escuelas Judiciales adolecen del mismo problema, entonces se mantenía un dilema: ¿Cómo y dónde enseñar a litigar si los propios juicios orales que hoy se hacen –pocos y malos- no eran un escenario suficiente como para capacitar a todos los operadores judiciales? ¿Cómo enfrentar a la cultura inquisitorial de un modo práctico, cuando ella está enquistada en las actividades más elementales y el saber forense? La respuesta a este tipo de preguntas dio paso a nuevas herramientas y estrategias de cambio.

44. Más oralidad: la oralidad de las etapas previas al juicio. Frente a los problemas de la oralidad del juicio se diseñó una respuesta de mayor oralidad aún. Los modelos legales tributarios del Código Modelo –y por ello de la tradición acusatoria continental- europea- habían respetado el carácter esencialmente escrito y reservado de la etapa preparatoria. Esto, propio en el fondo, de los modelos mixtos de tipo napoleónico, volvía a producir el mismo efecto que había producido con la instauración en América Latina de esos Códigos, es decir, la etapa escrita se imponía sobre la oralidad y expandía la modalidad escrita de todo el sistema. La respuesta debía ser inversa, se trataba de *oralizar todo el procedimiento*. Los Códigos Procesales de segunda generación o las reformas que se introducen en los de primera generación, obligan a que todo el relacionamiento entre las partes, tanto en la etapa preparatoria, en el control de la acusación, en las impugnaciones, en la ejecución de la pena y, por supuesto, en el juicio central se lleve adelante mediante un litigio oral y público. De ese modo se expandió la cantidad de audiencias que producía el sistema y, al ser el modo como los operadores debían trabajar continuamente, se generó la necesidad profesional que comenzó a provocar las iniciativas de capacitación. Aparece una nueva literatura y una creciente actividad de formación a través de cursos de litigación. No obstante, y pese a la mayor instalación del tema y las demandas concretas, las Escuelas de Leyes y los centros institucionales de formación continúan respondiendo de un modo lento.

45. Desformalización de la investigación. De un modo paralelo se busca que la etapa preparatoria y la investigación dentro de ella abandone rutinas de burocratización y comience a plantear algún tipo de diseño en las respuestas. Con distintas variaciones –y también evaluaciones- se desarrollan programas para responder a los delitos de flagrancia, se construyen hojas

de ruta para delitos más complejos, se busca establecer alguna forma de priorización de casos y comienza un trabajo de acercamiento con la Policía, en particular con los sectores encargados de la investigación. Mientras el sistema de garantías gana con el sistema de audiencias de control de la detención o de la acusación, se establecen estándares de carga de la prueba mucho más estrictos para los acusadores. El acusador, público o privado, adquiere una dimensión mucho más expuesta (por la mayor publicidad) que lo obliga a comprometerse más intensamente con el caso. El avance de los sistemas de gestión de casos permite comenzar a abandonar la pesada documentación en papel por registros electrónicos más sencillos, dinámicos y efectivos. El registro de las audiencias en video ayuda a una nueva forma de capacitación y organización del trabajo. El sistema con todas las imperfecciones que aún contiene comienza a fluir y se demuestra que la cultura inquisitorial no es “invencible” y que la tecnología favorece a los principios de agilidad y transparencia del sistema, permitiendo asegurar la información dejando que el litigio fluya con rapidez y profundidad.

46. El “descubrimiento” de la dimensión organizacional y su impacto en las prácticas. Ambas baterías de medidas, las propias de la oralización de todo el proceso y las tendientes a la desburocratización de la investigación, ponen en evidencia que el mayor problema no se encuentra en las reglas procesales sino en los *modelos de organización*. La doctrina procesal tradicional, e incluso el pensamiento en general sobre los sistemas judiciales, le había prestado poca atención al problema organizacional. Se hablaba, en el mejor de los casos, de leyes orgánicas, pero siempre en un sentido estrictamente normativo y secundario. De hecho, en nuestra región el modelo de organización de la justicia permanecía inalterable desde la época colonial y los juzgados, fiscalías y defensorías aumentaban de número, pero

seguían atadas a un modelo celular donde cada juez o titular de la oficina era el jefe de un equipo de personas que acompañaban su ritmo y su tarea mediante una asignación de tareas que con el tiempo terminó siendo una delegación de las funciones más importantes en empleados y secretarios. Este modelo *celular*, por otra parte, formalizaba en extremo las relaciones con otros segmentos de la organización, de tal manera que toda nueva forma de estructuración por procesos de trabajo y no por grupos de trabajo, se volvía imposible. La segunda generación de reformas pone en el centro de la discusión los nuevos modelos de organización de las instituciones judiciales, destaca su importancia, muestra como allí se encuentra un gran reservorio tanto de problemas como de soluciones y destaca una idea sencilla pero determinante para el futuro del proceso de reforma: *cada institución debe tener su propio modelo de organización*. No es posible que la organización de los fiscales y de los defensores sea *refleja* de la organización de los jueces; cada una de ellas tiene objetivos y reglas de funcionamiento diferentes y por ello debe diseñar patrones de funcionamiento distinto. De este modo nace en la región una nueva preocupación por el problema de las distintas organizaciones que interactúan en el campo de la justicia penal.

47. Nuevos modelos de organización para el ministerio público fiscal. Ese carácter reflejo se manifestaba en las organizaciones de fiscales de un modo extremadamente nocivo. No sólo el tipo celular de oficinas dificultaba el trabajo en equipo y la unidad de actuación propia del Ministerio Público Fiscal, sino que provocaba una segmentación entre fiscales de primera instancia, de juicio, de impugnación, totalmente ineficiente y rígida. Eso generaba estancamiento y dificultaba la planificación y organización del trabajo con criterios de eficiencia. Frente a ello comienza el diseño de organizaciones del Ministerio Público por procesos y flujos de trabajo (atención primaria, respues-

tas rápidas, investigaciones comunes, complejas, especializadas, etc.) rompiendo la idea de Fiscalía como célula cuasi-autónoma, diseñando nuevos métodos de trabajo, una integración de profesionales de distinto tipo, provocando integraciones verticales y horizontales, etc. Al mismo tiempo, la toma de control sobre los elementos de la organización permite la planificación del trabajo, una supervisión y control de gestión más aceptados y la generación de una variedad de respuestas que con el modo celular son imposibles de lograr. Por otra parte, en tanto se trata de una organización más compleja se comienzan a desarrollar nuevas formas de gerenciamiento y de conducción de toda la organización que cambian la idea de tradicional de jefaturas y direcciones dentro del Ministerio Público. Se instala, pues, una nueva manera de pensar sobre el tipo y la calidad del trabajo de los fiscales y el modo como ese trabajo debe ser acompañado por nuevas formas de conducción.

48. La nueva organización de la judicatura penal. Pero dado que uno de los ejes centrales de las reformas de segunda generación consiste en la utilización de la audiencia oral y pública como método general de trabajo en todo el procedimiento, se vuelve imperioso modificar el tipo de organización judicial (en sentido estricto, como organización de los jueces) para que el sistema pueda fluir y realizar toda esa cantidad de audiencias. Ello pone en crisis aún más el modelo celular de organización de los juzgados. Aparecen así los despachos colectivos o Colegios de Jueces que cambian la relación entre el trabajo del juez y los trámites. Lo que se busca es que la organización permita que el juez haga su trabajo totalmente en la sala de audiencia (salvo la redacción de algunas sentencias o resoluciones más complejas) y que todos los trámites necesarios para ello, así como la organización y registro de esas audiencias y la consecuente atención al público y los litigantes quede en manos de una oficina única que

ha recibido el nombre de Oficinas Judicial u Oficinas de Gestión de Audiencias o Despachos unificados. Este modelo, cuya descripción es simple, produce una ruptura en la cultura de trabajo de los jueces ya que los lleva directamente al litigio público, a la fundamentación oral y evita de modo radical toda delegación de funciones. En la fuerza de este modo sencillo de organización reside también las dificultades de su puesta en marcha con jueces reactivos a este cambio tan profundo de modo de ejercer su judicatura.

49. Debates alrededor de la organización de la defensa pública. Algo similar ocurre con la organización de los defensores públicos. De todas las organizaciones del sistema de la justicia penal la defensa pública era la que más provechosamente había crecido y ese crecimiento constituía en sí un logro dada la situación de precariedad de la que se partía. Además, el solo hecho de contar con una institución más fuerte que podía respaldar el trabajo de los defensores era un avance en el diálogo y la interacción con instituciones tradicionalmente fuertes como la policía y la creciente fortaleza del Ministerio Público Fiscal. No obstante, cuando los sistemas procesales aumentan la cantidad de audiencias públicas, en particular en las etapas preparatorias del juicio, comenzó a generarse tensiones en las organizaciones de defensores, producto de demandas más fuerte de participación directa en esas audiencias y de la rigidez de la orientación hacia sectores pobres que sigue manteniendo el sistema de justicia penal lo que no permitía a las defensas públicas equilibrar su trabajo con otros segmentos de la abogacía privada. Esas tensiones hicieron nacer la preocupación por nuevas formas de gestión de la organización de la defensa pública, para asegurar la calidad del servicio, la prontitud de respuesta y el control de una demanda creciente. Por otra parte, comienzan a evidenciarse que las relaciones entre la defensa pública y la defensa privada no son tan lineales ni sencillas como

pareciera, en particular en países donde la defensa privada penal no tiene un mercado muy desarrollado.

VI. La persistencia de problemas anteriores y la aparición de nuevos.

50. Organización judicial y cultura burocrática. Las reformas de segunda generación acertaron en identificar manifestaciones claras de la tradición inquisitorial que se expresaban como cultura burocrática (cultura inquisitorial) y en diseñar respuestas a esas formas de trabajo que aprovechaban los avances en el cambio de paradigma, pero lo instalaban en un nivel más concreto y cotidiano y no sólo en las dimensiones discursivas del sistema. En esta fortaleza reside su mayor dificultad. Al identificar prácticas ya muy concretas las herramientas de intervención tienen menos potencia que las que tienen las que permiten cambiar el sistema (cambios de Código, por ejemplo). Esa potencia se encuentra todavía en algunas leyes de organización que logran plantear con claridad un nuevo modelo, pero muchas otras o son genéricas o ya no pueden ser modificadas sino en detalles. En esos casos es necesario instalar nuevos modelos de gestión por medio de prácticas administrativas, decisiones gerenciales, etc. Ello ha vuelto mucho más certero, pero a la vez complejo el trabajo de conducción de los procesos de cambio. Al acercarse a la cultura burocrática sus métodos de intervención obligan a utilizar mecanismos que generen mayor adhesión de los miembros de esa cultura y ello puede implicar situaciones difíciles de resolver en el corto plazo. Las relaciones entre el empuje “externo” a la organización y la indispensable “adhesión interna” para que la cotidianeidad se acerque a lo diseñado obliga a múltiples equilibrios que muchas veces le quitan claridad al proceso de cambio

o directamente han provocado la persistencia de problemas o la aparición de nuevas manifestaciones de los mismos o de otras disonancias.

51. La organización a mitad de camino: problemas de la ingeniería institucional. Lo dicho anteriormente se manifiesta en los problemas de reingeniería institucional. Como señalamos, pocas veces se puede volver a diseñar completamente la organización y cuando así ocurre también hay que adaptar el modelo organizacional que se ha dejado de lado. Nadie trabaja sobre una “tabula rasa”. Muchas organizaciones, en consecuencia, se han quedado a mitad de camino. Se tiene un sistema por audiencias, pero se resiste el Colegio de jueces. Se quiere el Colegio de jueces, pero no se acepta las reglas de las oficinas judiciales centralizadas. Se acepta la Oficina Judicial centralizada pero los jueces quieren seguir teniendo el control de algunos de sus empleados. Los fiscales aceptan organizarse bajo nuevas formas, pero dentro de esas formas quieren mantener el trabajo individual propio de las organizaciones celulares. Los defensores entienden que la oralización del proceso les da cargas de trabajo nuevas, pero se resisten a modificar sus modos tradicionales de preparar el caso. En fin, nadie podría decir que no se ha abierto un nuevo camino de reingeniería institucional en la región, pero también reconocería las dificultades, falta de “racionalidad”, falta de conocimiento y dirección que entorpecen ese proceso. Esa reingeniería “a medias” que caracteriza en gran medida el estado actual de la reforma en América Latina provoca problemas en los tipos de respuesta que reclama la sociedad con insistencia y urgencia.

52. Eficacia y control de la criminalidad. los vínculos en la justicia penal y el sistema de seguridad. Posiblemente la relación más traumática se esté manifestando entre los problemas de seguridad de las poblaciones y las respuestas de la persecución penal. Pese a que los Ministerios Públicos han hecho esfuerzos

para modificar algunas de sus prácticas e, incluso, han aumentado y mejorado las relaciones con las Policías, la situación creciente de reclamos por la inseguridad, la persistencia como un problema de agenda pública, las crisis propias de otras instituciones, como las policiales, las encargadas de los programas de prevención, las vinculadas al control de fronteras, cuando no la militarización de la seguridad interior, provocan nuevas tensiones en el sistema de persecución penal que no sólo no están resueltas sino que todavía no tienen un marco de análisis y trabajo adecuado. En algunos casos, los fiscales buscan refugiarse en un nuevo aislamiento que llega a sostener que su trabajo nada tiene que ver con los problemas de seguridad, como si el aumento o disminución de la criminalidad nada tuviera que ver con ellos. En otros casos se relacionan con el problema de un modo simplista o francamente demagógico, prometiendo fácilmente castigos que luego son desmentidos por la realidad, contribuyendo a aumentar la desconfianza de los ciudadanos en el sistema de justicia penal. Las relaciones entre el sistema de persecución penal y el sistema de seguridad no están todavía claras y menos aún son armónicas y equilibradas, ello genera un problema de eficacia en el control de la criminalidad y en la confianza pública que constituye aún uno de los más graves problemas a resolver.

53. ¿Y la víctima? la aparición de nuevas formas masivas de victimización. Tal como señalamos previamente, progresivamente van emergiendo fenómenos masivos de victimización. No sólo porque ampliemos el concepto de víctima sino porque graves fenómenos de violencia que estaban total o parcialmente invisibilizados (como la violencia a la mujer o a ciertas minorías, etc.) van ingresando a la agenda pública de la mano de sectores militantes que han tenido éxito en llamar la atención pública o modificar la sensibilidad social. Las reformas de segunda generación no han logrado modificar todavía de un modo signi-

ficativo el tratamiento de las víctimas por parte del sistema de justicia penal. Es cierto que se han ampliado sustantivamente los programas y, en algunos casos, y respecto de ciertos delitos, ese aumento es muy significativo, pero todavía no es suficiente. Ya sea porque el diseño de los programas propios del Ministerio Público Fiscal es todavía deficiente o escaso en recursos o porque la indispensable integración con áreas de la Administración es todavía muy endeble o porque no se han consolidado aún las reglas de prioridad y tratamiento de casos masivos (como sucede con la violencia doméstica) lo cierto es que es un problema de arrastre que no ha sido solucionado todavía. Ello obliga a una reflexión muy profunda y a una actividad de ingeniería muy imaginativa para dotar a las organizaciones judiciales de mayor capacidad de actuación. Una parte importante de la legitimidad en el futuro se jugará en este andarivel.

54. El abuso de la prisión preventiva. la búsqueda de una nueva agenda. El tiempo pasa y el uso de la prisión preventiva sigue mostrándose como una variable difícil de mover. La doctrina constitucional que se elaboró en la primera etapa de las reformas significó un paso adelante, pero no logró frenar el abuso; la oralización del control de detención ha significado otro paso adelante, pero tampoco logra frenar el abuso, aunque ha obligado a un debate que antes no se daba y ha puesto en evidencia mucha de la arbitrariedad de las decisiones. Las condiciones carcelarias mejoran muy lentamente o directamente empeoran. Se hace difícil encontrar una sola causa que justifique ese abuso. Al igual que como ocurre con la inflación en el sistema económico, se la puede expresar con un índice individual, pero en realidad a través de ella se expresan una multiplicidad de variables que debemos estudiar en su conjunto para poder actuar también de un modo integral. El control temporal propio tanto de la primera como de la segunda generación de reformas,

ha generado avances, pero aún no es suficiente. En la medida en que los jueces se han apropiado de esos plazos y comenzado a generar plazos judiciales más estrictos, acabando con la idea de que la prisión preventiva es algo así como un “estado procesal” que implica un reconocimiento mayor de sospecha, fuerza a los acusadores a tomarse más en serio su dictado. Pero en términos generales se puede decir que todavía no hemos encontrado una forma de encarar este problema que sea suficientemente satisfactoria y por ello se debe entender la capacidad de comprender y operar sobre el fenómeno de tal manera que una política permanente de uso restrictivo sea posible. En esta, como en otras tantas dimensiones de nuestros problemas, sigue siendo una debilidad central la falta de información y de investigaciones empíricas.

55. Descontrol en las salidas alternativas. Los nuevos sistemas procesales penales se caracterizan, como hemos explicado, por un nuevo régimen de la acción penal que supera el viejo modelo de rigidez ficticia y permite el diseño de nuevas políticas de diversificación. Ello ha constituido uno de los grandes avances a la hora de darle a la justicia penal nuevas herramientas para pensar en el conflicto y no meramente en la infracción. La práctica de los sistemas es muy variada y existen aquéllos que los usan profusamente, los que los usan poco y otros que producen muchas salidas alternativas, pero prefieren utilizar mecanismos informales que tienen menor desgaste en la decisión. Por otra parte, en todos ellos se percibe una deficiente planificación de su uso. La decisión de aplicar una forma conciliatoria o la suspensión condicional del proceso a un tipo de casos, rara vez responde a una política clara y determinada, sino que queda librada o a las peticiones de las partes o a la iniciativa personal de cada fiscal. En otros casos, su uso es francamente desalentado sin que se perciba con claridad cuál es la razón político-criminal de ese estímulo. Por otra parte, es muy extendida la falta de supervisión

de los acuerdos y condicionalidades impuestas de modo tal que muchas veces la población percibe estas salidas no como algo de alta calidad que procura la solución del conflicto sino como una medida que propende a la impunidad. Todavía no se ha logrado construir una respuesta adecuada a este fenómeno y, en consecuencia, lo que debería ser una herramienta central de la legitimidad de la justicia penal, cumple hoy funciones ambiguas que desorientan a la población.

56. El uso del tiempo. luces y sombras de la flagrancia. Finalmente, la falta de una administración racional y transparente del tiempo de la persecución penal y de la actividad judicial lleva a que el sistema busque responder a las demandas de rapidez con instrumentos delicados, tales como son los procedimientos de flagrancias o los procedimientos abreviados por negociación directa. No se trata de rechazar absolutamente estos mecanismos y programas que pueden resultar positivos en una política de respuestas menores que se compensan con la rapidez de la respuesta. Se puede lograr una reducción de penas que a la vez aumente la confianza social, pero ello requiere un uso inteligente de estas instituciones que no siempre se ha logrado. Por otra parte, muchas veces ellas han fortalecido la tendencia del sistema de justicia penal a concentrarse en el delito callejero, cometido por ciertos sectores juveniles, o a utilizar los procedimientos abreviados como una forma de eludir el juicio o directamente poner en una situación cuasi extorsiva a los defensores. Todo ello continúa siendo un problema que se agrava en la medida de que el contexto de inseguridad es creciente o la percepción de la población es sensible a la impunidad de ciertos delitos. La carencia de una adecuada integración de los sistemas de seguridad y de persecución penal, sumados a las debilidades del planeamiento político-criminal acrecientan la importancia de este problema.

VII. Una visión más amplia. La tercera generación de problemas y desafíos

57. La perspectiva político criminal. La persistencia de problemas que se vienen arrastrando desde el inicio de la reforma, como su intensificación en algunos casos o la aparición de nuevos problemas producto de la evolución de la cultura social o del cambio de expectativas, sumada la buena experiencia que genero el hecho de ir pensando progresivamente soluciones a esos problemas, de tal manera que los objetivos de la reforma se mantienen o se actualizan, ha llevado a que hoy estemos embarcados en lo que llamamos *reformas de tercera generación*. Ello en varias dimensiones. En primer lugar, se busca *intensificar la dimensión político-criminal del proceso de reforma*, mediante la integración de la política de persecución penal en el marco de un planeamiento democrático de la política criminal. Ello plantea tanto desafíos como nuevos problemas. Integrar a la persecución penal un marco político criminal implica hacer de ella una actividad que utilice inteligentemente los datos de la inteligencia criminal y del análisis del delito. Ello implica un nuevo avance en el relacionamiento con los sistemas policiales y otros organismos del Estado que producen información sobre la criminalidad. Todavía las organizaciones del Ministerio Público Fiscal no se encuentran plenamente preparadas para este tipo de interacción y ni siquiera las reglas procesales nos permiten en todos los casos la flexibilidad necesaria para ello. Pero no alcanza con una *Persecución penal inteligente* es necesario que ella tenga la capacidad de integrarse con otras dimensiones de la política criminal y de la política de seguridad. La idea de *Persecución penal Estratégica* (PPE) apela a esta necesidad de que cada caso tenga un marco de referencia estratégico y se haga cargo de las consecuencias y de los efectos que produce en términos de control de criminalidad.

Ello no se puede lograr sin un salto de calidad en las relaciones entre fiscales y policías de investigación: el planeamiento de un caso con sentido político criminal obliga a un trabajo pensado y metódico, poco dispuesto a dejarse llevar por las rutinas del trabajo judicial. La aparición de nuevos sectores dentro del Ministerio Público Fiscal dedicados al Análisis del Delito y al planeamiento de la persecución penal constituye hoy una herramienta indispensable para ahondar en este desafío. La carencia de sistemas de información sobre la criminalidad, actualizados e integrados constituye su principal obstáculo.

58. La perspectiva integral sobre la víctima. Ya hemos visto como el problema de la víctima atraviesa a todas las etapas del proceso de reforma de la justicia penal. Hoy la conciencia de que es necesario diseñar nuevas formas de intervención que superen en mucho lo que se venía haciendo implica un enorme desafío que interpela tanto a las doctrinas procesales como a la ingeniería institucional. Si se piensa que se trata solamente de aumentar los recursos de los planes que se venían realizando, fundados en paradigmas de asistencia simple a la víctima, posiblemente no se logre mucho. Se trata ahora de construir una alianza estratégica con las víctimas que atraviese transversalmente a toda la organización del Ministerio Público Fiscal. Ello no significa de ninguna manera subordinar la persecución penal a un único sector de víctimas, sino revisar el fundamento mismo de la intervención de los acusadores públicos como gestores de los intereses de los distintos niveles de víctimas, hasta llegar al conjunto de la sociedad victimizada, pasando por distintos niveles que incluyen grupos específicos y comunidades. Ello implica una revisión profunda de los tradicionales programas de protección, orientación y asistencia a la víctima, para imbricar esa perspectiva en la vida cotidiana de toda la organización. En el contexto latinoamericano donde muchos sectores sociales han

demostrado una gran eficiencia al enfrentar graves fenómenos de criminalidad (derechos humanos, delitos ambientales, criminalidad económica, corrupción) implica también redefinir las relaciones de colaboración entre acusadores públicos, sociales y particulares, ampliando el concepto tradicional de legitimación para actuar en el proceso penal.

59. Salidas alternativas y gestión de los conflictos. La integración de lo específicamente penal en el contexto del conjunto de herramientas de gestión de la conflictividad que debe construir una sociedad constituye otro desafío que promueve nuevas ingenierías organizacionales y prácticas de trabajo. Por una parte, para poner en práctica el carácter excepcional y restrictivo del poder penal y ponerle un freno a la inflación penal, pero, por otra parte, para dotar a la sociedad de nuevas herramientas que le permitan ser protagonista de la gestión cada vez más compleja de la conflictividad y de compromiso con la prevención de la violencia. Ello obliga a una base conceptual y política más amplia, donde el concepto genérico de gestión de los conflictos debe convertirse en el eje articulador de todo un sistema y de una política que termina –y no empieza- en el uso del poder penal. Desde el punto de vista de la reforma ello implica volver a pensar las herramientas para darle mayor calidad y cantidad a la política de diversificación de respuestas e integrarlas en el conjunto de actividades sociales vinculadas a esa conflictividad. Eso sólo se puede lograr con un acercamiento intenso hacia la vida e institucionalidad local, lo que impacta en los modelos de organización judicial. Las nuevas oficinas de medidas alternativas (OMAS) aparece como una herramienta necesaria, pero que no agota la necesidad de pensar este tema con un marco conceptual y práctico más amplio.

60. Una defensa penal de mayor calidad. La experiencia histórica y aún la realidad actual muestra que no se debe debili-

tar nunca la mirada sobre las garantías individuales. Menos aun cuando el Estado adquiere cada día con mayor velocidad instrumentos de intervención en la vida privada de los ciudadanos, casi impensables para una generación anterior. No sólo la tecnología de vigilancia e interceptación de las comunicaciones, sino la acumulación de datos en bases inmensas, el uso de medios de comunicación a disposición del propio Estado y la manipulación de las expectativas masificadas de la sociedad, nos deben mantener en permanente alerta. Los jueces no siempre tienen el poder de frenar estos avances y es bastante sencillo erosionar su legitimidad social. El fortalecimiento permanente de las defensas públicas aparece como una herramienta idónea más no suficiente. Es necesario fortalecer todas las instancias de defensa de la persona y asegurar la independencia de las profesiones dedicadas a ese menester. De allí que la autonomía de la defensa pública y su integración –y no aislamiento- del ejercicio privado o social de la abogacía independiente constituye un programa permanente de acción. La ampliación del concepto de defensa de esas garantías al mundo carcelario y la expansión de los mecanismos de control de las nuevas formas de tortura que se dan en particular en el contexto carcelario constituyen elementos básicos de una actualización de las viejas ideas de la reforma a los requerimientos del presente.

61. La búsqueda de nuevas relaciones con la sociedad. Finalmente se debe actualizar el pensamiento y la acción acerca de cómo construir poder para los jueces. La independencia judicial necesita poder y legitimidad y ello se construirá si generamos las condiciones para un nuevo diálogo con la sociedad que supere el aislamiento, a veces petulante, que mantiene el sistema judicial con la sociedad en general. Las nuevas formas de participación ciudadana, en particular los sistemas de jurados, las nuevas políticas de comunicación de las instituciones judiciales,

una revisión profunda del modo como se escriben y pronuncian las sentencias, la descentralización que permite acercar a los jueces a la vida comunal, un uso extensivo y serio de la publicidad, la toma de conciencia de que la sala de audiencia y el litigio público son grandes herramientas de gobierno y otras medidas semejantes constituyen hoy un programa completo que permite repensar la actividad de los jueces en el nuevo contexto de sociedades diversas, complejas, democráticas, con altas exigencias de participación, sensibles frente al abuso, pero también atravesadas por nuevas y viejas formas de abuso y privilegios, de poderes concentrados y de manipulación de la opinión pública. En este contexto, la idea de *democratización de la justicia* aparece como el nombre genérico de todo un programa de investigación y acción destinado a repensar las bases políticas, institucionales y prácticas del Poder Judicial en el contexto de las nuevas sociedades complejas, de la democracia inclusiva y las tensiones modernas que se producen dentro de los sistemas republicanos sometidos al imperio de la ley. Todo ello nos debe empujar a intensificar la preocupación intelectual, política y práctica sobre los sistemas judiciales en general y en particular sobre la justicia penal, espacio social y político en el que se juega el uso de los instrumentos violentos del Estado.

VIII. Conclusiones

62. El recorrido que he tratado de mostrar, simplificado para una lectura no especializada y limitado por el espacio de un ensayo, busca señalar la vitalidad del proceso de reforma de la justicia penal, que ha sabido enfrentarse a problemas crecientes, sin torcer el rumbo, pero sin quedarse estancando en soluciones simplistas. Ha sabido, también, reconocer que muchos proble-

mas no se resolvían con los instrumentos diseñados y era necesario volver a diagnosticar y construir nuevas respuestas a nuevos problemas o a problemas persistentes. Este dinamismo es lo que le ha dado capacidad de permanecer en el tiempo, construir adhesiones en distintos sectores sociales y mantener un espíritu crítico que no ha cesado ni debe cesar. Un proceso de cambio profundo que no tiene capacidad de reconocer los problemas que no logra resolver o que aparecen, a veces como resultado de la propia intervención de ese cambio, pronto quedaría atado a una época o a una batería más pequeña de instrumentos. No ha sido esa la historia de la reforma de la justicia penal y nada más demostrativo que el hecho de que a lo largo de las décadas hasta el presente, nuevos países se han sumado al cambio de paradigma que la reforma propuso desde el inicio.

63. Mantener este espíritu no es tarea fácil ni automática. Implica generar instituciones con capacidad de revisar su propio desempeño y sus prácticas; implica renovar agendas de investigación y enseñanza, renovar lenguajes y perspectivas y mantener un diálogo abierto con los sectores políticos que deben canalizar las demandas insatisfechas de la sociedad. Existen buenas razones para que la sociedad todavía se encuentre insatisfecha con los resultados de la justicia penal, pero ello no se resuelve convirtiendo a esa demanda en una apelación mágica o dando respuestas demagógicas. Es exigible a las nuevas generaciones de técnicos y políticos que conozcan y comprendan los esfuerzos que se vienen realizando desde hace casi tres décadas, para que puedan diseñar las nuevas herramientas de trabajo sin volver a repetir los errores del pasado o para que lo hagan conociendo la profundidad de los problemas. La ingeniería institucional en América Latina no es una tarea sencilla porque debe lidiar con fuertes tradiciones que operan sobre la burocracia o los grupos profesionales, tales como la abogacía. Enfrentar esas tradiciones

implica, nada menos que construir nuevas culturas burocráticas y profesionales, algo que nadie puede pensar que se pueda desarrollar en poco tiempo.

64. Finalmente, hay tareas que han quedado pendientes desde un inicio: quizás la más notoria es la renovación de la enseñanza del derecho. Pero no se puede explicar la resistencia a ese cambio por simple descuido. Hay algo más profundo en el modo como formamos a los abogados y el modo como construimos el saber jurídico en la Escuelas de leyes que todavía necesita ser esclarecido. En este sentido la justicia penal es dependiente de cambios que se deben dar en otras áreas del derecho (pienso antes que nada en todo lo relativo al derecho procesal civil) que hoy marchan por otros caminos. Sin embargo, el saber jurídico siempre se ha producido desde las necesidades profesionales y sostener en el tiempo los cambios que viene llevando adelante la justicia penal, tarde o temprano, influirá de un modo determinante sobre el programa de enseñanza. La otra gran tarea pendiente consiste en dotar a estos procesos de cambio de una base empírica más sólida. La experiencia muestra que no es tan sencillo como parece, nos encontramos con un campo necesitado de muchas más investigaciones que las que se vienen realizando y que apunta a resolver grandes demandas sociales; sin embargo, todavía no se ha logrado consolidar un programa de investigación de largo aliento y gran envergadura. Pronto, ya tendremos que dejar de hablar de “reforma de la justicia penal” para hablar simplemente de “justicia penal”: ello no debe significar el abandono de la posición crítica y del continuo ajuste del sistema penal frente a demandas sociales cambiantes, formas de criminalidad que mutan y la esclerosis interna que todos los sistemas burocráticos deben afrontar. La experiencia de todos los países, en particular los que llevan ya siglos de funcionamiento de sus sistemas acusatorios, demuestra que nunca y bajo ninguna circunstancia debemos dejar de prestar

atención al funcionamiento real de esos sistemas, para ajustar el cumplimiento de los objetivos político criminales, pero también, y en gran medida, para fortalecer la defensa de las libertades públicas siempre amenazadas por el poder penal. Para todas estas tareas, que América Latina haya abandonado el paradigma inquisitorial, aunque todavía ello sea una tarea inconclusa e imperfecta no deja de ser una buena noticia y un logro sin precedentes.

Bibliografía

- Binder, Alberto Martin (2001). *La lucha por la legalidad*, Buenos Aires: Ediciones del Instituto/INECIP.
- Binder, Alberto (2004). “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República”, *Política Criminal Bonaerense*, año I, número I. páginas 230/258
- Binder, Alberto M. y Jorge Obando (2004). *De las “repúblicas aéreas” al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Binder, Alberto M (1997): *Política Criminal: de la formulación a la praxis*. Buenos Aires, Ad. Hoc.
- Binder, Alberto M (2002): *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires. Ad. Hoc.
- Binder, Alberto M. (2007): *La cultura jurídica. Entre la innovación y la tradición*. Salamanca. Fundación de Universidad de Salamanca
- Binder, Alberto M (2012): *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires. Ad. Hoc.
- Blau, P.M (1971): *La Burocracia en la Sociedad Moderna*. Buenos Aires. Paidós.
- Bourdieu, Pierre – Teubner, Gunther (2000 f): *La fuerza del derecho*. Bogotá. Siglo del Hombre editores.
- Bourdieu, Pierre y Loic Wacquant (1995). *Respuestas por una antropología reflexiva*, México: Grijalbo.

- Carrara, Francesco (1977): *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Bogota. Themis.
- Crozier, Michel (1969): *El fenómeno burocrático*. Buenos Aires. Amorrourtu.
- Damaska Mirjan R (1986): *The faces of Justice and State Authority. A Comparative Aproach to the legal Process*. New Haven. Yale University Press.
- Foucault, Michel (1976): *Vigilar y Castigar*. México. Siglo XXI.
- Foucault, Michel (1986): *La verdad y las formas jurídicas*. México, Gedisa.
- Goldstein, Abraham S (1974): *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*. Stanford Law Rewiew, Vol 26.
- Langer, Máximo (2007): “Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano” –Difusión de ideas desde la periferia- Santiago de Chile. CEJA.
- Maier, Julio B. J. (2002): *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*. Buenos Aires. Ed. Del Puerto.
- Merryman, John, H (1979): *La tradición jurídica romano-canónica*. México. FCE.
- Ots y Capdequí José María. (1968): *El Estado Español en Indias*. México. FCE.
- Pásara, Luis (2015): *Una Reforma Imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. México. UNAM.
- Squella Agustín N. (ed.) (1994), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago de Chile: Corporación de Promoción Universitaria.
- Tarello, Giovanni (1995): *Cultura Jurídica y política del derecho*. México. FCE.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1982), *Política criminal latinoamericana: perspectivas. Disyuntivas*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000), *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. Direito Criminal. Belo Horizonte.

**¿PASA EL TEST DE
CONVENCIONALIDAD EL
ART. 85.2 DEL CÓDIGO
PENAL QUE SANCIONA LA
INTERRUPCIÓN DEL
EMBARAZO AÚN SI LA MUJER
LO DECIDE VOLUNTARIAMENTE
EN LOS TRES PRIMEROS
MESES DE GESTACIÓN?**

por Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci

Aída Kemelmajer de Carlucci, Doctora en Derecho, Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, integrante de la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, destacada jurista argentina, Premio Konex de Brillante año 2016 y colaboradora permanente de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta desde su fundación.

¿Pasa el test de convencionalidad el Art. 85.2 del código penal que sanciona la interrupción del embarazo aún si la mujer lo decide voluntariamente en los tres primeros meses de gestación?¹

(Una sentencia brasileña con visión de género)

Las opiniones que la gente tiene acerca del aborto no aparecen sólo en dos versiones, una conservadora y otra liberal. En ambos lados existen diversos grados de opinión que van desde una posición extrema hasta otra moderada².

1. Objetivo de estas reflexiones

El aborto voluntario ha generado, en casi todos los países, un debate “apasionado, implacable e inagotable”; “enraizado en creencias, parece oponer visiones del mundo irreconciliables entre sí”, por lo que la discusión “reporta el despliegue de la artillería más pesada que tenemos al alcance de la mano”³.

¹ El artículo 85 dice: “El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer”.

² DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 45.

³ VANELLA, Carolina, *Aborto no punible: pedagogía de la autonomía personal*, Rev. Derecho Penal y Criminología, año II, n° 3, abril 2012, pág. 72 y ss AR/DOC/1209/2012.

El tema es ríspido aún si se lo encierra en el ámbito jurídico. Su tratamiento desde la perspectiva constitucional y de los derechos humanos no es nuevo⁴, pero, claro está, cada autor lee la Constitución con su propio techo ideológico; de allí que no faltan quienes, con pretendido apoyo constitucional, sostienen la inconstitucionalidad de las eximentes de punibilidad, aún la de riesgo para la vida y la salud de la mujer⁵.

Más recientemente, algunos tratados de Derechos Humanos relativos a la mujer han proporcionado fundamentos más precisos. Más aún, se comienza a hablar de “*justicia reproductiva*”⁶. Se afirma que cuando el juez afronta este tipo de temas “debe tener en cuenta la visión de género”, pues así se lo imponen los tratados que integran el bloque de constitucionalidad⁷.

⁴ Entre otras obras, ver, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Ediar, Bs As., 2000; el autor ha seguido desarrollando el tema en artículos posteriores, entre otros, *Estado constitucional de derecho y aborto voluntario*, en GARAY, Oscar (coordinador) *Bioética en medicina*, ed. Ad. Hoc. Bs. As., 2008, pág. 99; FAERMAN, Romina, *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, ed. A. Perrot, 2008, t. II, pág.658. En España, MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.

⁵ Ver, por ej., STRUBBIA, Mario, *Aspectos constitucionales del aborto*, Nova Tesis, Bs As, 2006; IZQUIERDO, Florentino, *Aborto y constitución nacional. Necesidad de modificar el código penal argentino*, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, pág.157).

⁶ FLETCHER, Ruth, *La justicia reproductiva y la Constitución irlandesa (art. 40.3.3.)*, JA 2011-II-1255; BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 13.

⁷ Diversos Superiores Tribunales –nacionales y provinciales– han crea-

do “oficinas de la mujer”, u organismos similares. Precisamente, el 6 de diciembre de 2016, participé en un coloquio para jueces, organizado por la Corte Suprema de Chile, bajo el título “Juzgar con perspectiva de género”. La bibliografía que analiza la interrupción del embarazo desde la perspectiva de género también es muy extensa; ver, entre otros, MANCINI, Susanna, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012; BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010; ZURBRIGGERI, R y ANZORENA C. (compiladoras), *El aborto como derecho de las mujeres. Otra historia es posible*, ed. Herramienta, 2013; CARBAJAL, Mariana, *El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente*, Paidós, Bs As, 2009.

Estas líneas no tienen por misión –imposible– agotar el debate jurídico; ni siquiera, reseñar la situación en la jurisprudencia argentina⁸. Me propongo, tan solo, dar información sobre esa

⁸ Paola Bergallo sostiene que la lectura de sentencias recientes muestra una dinámica ambivalente, por lo que el Poder Judicial resulta un actor “poco promisorio para erradicar las injusticias que experimentan muchas personas en el ejercicio de sus derechos en el plazo de la sexualidad y reproducción” (BERGALLO, Paola, *A propósito de un caso formoseño. Las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto*, en Rev. Derecho de Familia, n° 54, mayo 2012, pág. 310). No niego el aserto; pero en lo que a mí me afecta, como ex jueza de un tribunal provincial, señalo que la sala I de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza, que integré, el 22/8/2006, negó legitimación a una asociación para recurrir una decisión judicial que había autorizado la interrupción del emba-

sentencia brasileña y analizar sus argumentos en paralelo con los que se han esgrimido en nuestro país, para verificar si el camino recorrido en Brasil puede servir para dar respuesta jurídica a uno de los problemas graves que el legislador argentino no se anima a afrontar con valentía. El método no implica entrar en la polémica sobre los “préstamos del derecho extranjero”, sino reflexionar sobre un tema que, quizás, integre el llamado “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*” (ICCAL) ¹⁰ y, de este modo, avanzar en su tratamiento.

Obviamente, estas reflexiones tampoco alcanzan a temas conexos, como el aborto contra la voluntad de la mujer y la consiguiente responsabilidad de quien lo causó; la venta de medicamentos que algunos califican de abortivos (lo sean o no); las intervenciones médicas que previenen el embarazo, como la ligadura de trompas; la situación de los embriones in vitro; los

razo de una persona con capacidad restringida y, consecuentemente, dejó sin efecto la suspensión de la medida dispuesta cautelarmente por la Cámara de Apelaciones (Ver comentario de ARAZI, Roland, *Una sentencia ejemplar*, JA 2006-IV-221).

⁹ Me refiero al polémico artículo de ROSENKRANTZ, Carlos, *En contra de los préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero*, en Rev. Jurídica de la Universidad de Palermo, año 6 n° 1, 2005 y a la réplica de BÖHMER, Martín, *Prestamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional*, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, ed. A. Perrot, Bs. As, 2008, t. II, pág. 1085.

¹⁰ Utilizo la expresión, abreviada con la sigla ICCAL, en el mismo sentido que lo hace el juez del tribunal constitucional peruano, Eloy Espinoza en su artículo “*Ser juez(a) constitucional en América Latina en un contexto de crisis y el aporte del ius commune constitutionale para incidir a nivel jurisdiccional - sobre todo- en la "sala de máquinas"*”, en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/585d95d80a7f4-eloy-espinoza-sal-daa-ser-juez-constitucional-en-america.pdf>.

tratamientos médicos en mujeres embarazadas en contra de su voluntad¹¹, y tantos otros.

Aun así delimitado, sé que el tema –y ni qué hablar, la posición que asumo– encuentra resistencia en importante cantidad de jueces de todo el país, pero creo que lo peor que le puede pasar a quien debe resolver asuntos de esta índole es ignorar lo que ocurre en la sociedad y, peor aún, negarse a procesar la información que está a su disposición; estoy convencida que esa actitud, no sólo perjudica al litigante, sino que profundiza el desprestigio del sistema de Justicia. La Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta trabaja denodadamente, desde hace años, contra ese mal; por eso, ante una situación tan propicia, como es la celebración del cuarto de siglo de su fundación, en su homenaje, presento un tema polémico, para seguir debatiendo.

2. Breves antecedentes de la sentencia brasileña comentada

El caso llegó al Superior tribunal de Justicia del Brasil en un proceso de *habeas corpus*. En marzo de 2013, el Ministerio público del Estado federal de Río de Janeiro denunció a varias personas (pacientes, enfermeros y médicos) que trabajaban en una clínica donde, presuntamente, se practicaban abortos clandesti-

¹¹ Para este último tema ver SEYMOUR, John, *Childbirth and the Law*, Oxford University Press, 2000; LAMM, Eleonora, *Cesárea compulsiva. Otro claro ejemplo de que las posiciones absolutistas sólo conducen a soluciones injustas*, Rev. derecho de Familia 2011-IV-127 (en ese caso, la paciente tenía once hijos, 40 años de edad, cursaba un embarazo de 35 semanas, presentaba un cuadro de desnutrición, vivía en situación de extrema vulnerabilidad social y económica, y no obstante el consejo médico, con grave riesgo para su salud y la del bebé próximo a nacer, se negaba rotundamente a una operación cesárea).

nos. La Cámara del Crimen dispuso la prisión preventiva de los procesados, decisión que éstos recurrieron al Superior Tribunal de Justicia. Sostuvieron que los requisitos necesarios para decretar la prisión preventiva no estaban cumplidos porque: (i) eran primarios, con buenos antecedentes, trabajo y residencia fija; (ii) la prisión preventiva era desproporcionada, dado que una eventual condena podría cumplirse en régimen abierto; y (iii) cuando fueron sorprendidos en flagrancia no intentaron fugarse.

El juez preopinante, Ministro Marco Aurélio, con la adhesión de uno de sus colegas, sostuvo que el habeas corpus debía acogerse porque la decisión que ordenó la prisión preventiva no reunía el requisito legal de motivación suficiente. La solución no satisfizo plenamente al juez Luís Roberto Barroso quien, con la adhesión de los dos magistrados antes nombrados, fue más lejos y sostuvo que la prisión preventiva era ilegítima porque la norma que prevé el delito imputado es inconstitucional.

3. Puntos de partida del voto mayoritario

El juez Barroso admite que la protección de la vida del feto tiene alta significación. Afirma que el aborto es una práctica que debe ser evitada por las complejidades físicas, psíquicas, y morales que involucra; que la mujer se encuentra ante una decisión trágica, y que no practica un aborto “por placer o diletantismo”. Por lo tanto, aclara que no está haciendo una defensa de ese procedimiento médico que, por el contrario, pretende que sea infrecuente y seguro.

Iguals razones se esgrimen en la Argentina y en los países a los que estamos unidos por una tradición común. Nadie sostiene que abortar sea “bueno” ni que las mujeres aborten con felicidad. “Quien creyera esto, propondría maximizar el número

de abortos y nadie sostiene tal cosa. El aborto es malo y en esto todos coinciden. La discrepancia radica en que algunos creemos que en ciertos casos hay alternativas peores, por lo que, en tales casos, el aborto debe permitirse”, porque el derecho “no legisla ni para santos ni para héroes”¹². En el mismo sentido, se afirma: “La palabra *zugzwang* se usa en ajedrez para denominar la situación en la que uno de los jugadores tiene la obligación de realizar una jugada y cualquier movimiento provocará un empeoramiento de su situación, pero permanecer inmóvil no es una opción. Puede establecerse una analogía entre el ajedrecista acorralado y las opciones que afronta una mujer que queda embarazada tras ser violada”¹³. En suma, como señala María Casado, el “aborto es el desenlace no deseado de un problema previo: el embarazo no deseado”¹⁴; por lo demás, “el reconocimiento del *derecho* al aborto no implica nunca la *obligación* de abortar”¹⁵.

Por eso, es absolutamente injusto calificar como “propagandistas del aborto”¹⁶ a quienes bregamos por su despenalización.

¹² FARRELL, Martín, *La decisión sobre el aborto desde una perspectiva moral*, JA 2012-II-341.

¹³ MORGENSTERN, Federico, *Zugzwang: La Corte Suprema y el aborto no punible*, JA 2012-II-356.

¹⁴ CASADO María, *¿Es la maternidad lo que hace auténticamente mujeres a las mujeres? (Can women be defined by the freedom of motherhood choice?)*, Gaceta Sanitaria 2012; 26(3):201–202; conf. CARPIZO, Jorge, *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y Eutanasia*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 49.

¹⁵ CASADO, María, *A propósito del aborto*, Revista de Bioética y Derecho. N° 12, enero 2008. pág. 17.

¹⁶ Se utiliza esta cínica expresión en el prólogo de Carlos Ignacio Massini Correas, al libro de STRUBBIA, Mario, *Aspectos constitucionales del aborto*, Nova Tesis, Bs As, 2006.

Pues bien, el juez Barroso sostiene que la criminalización constitucional de una determinada conducta exige que:

- (a) esté en juego la protección de un bien relevante;
- (b) el comportamiento incriminado no configure el ejercicio legítimo de un derecho fundamental;
- (c) haya proporcionalidad entre la conducta atribuida al imputado y la reacción estatal.

Este punto de partida es plenamente aplicable al derecho argentino. Explicaré por qué:

(a) La protección de un bien relevante.

La doctrina más prestigiosa afirma que el derecho penal es la última *ratio*¹⁷, es decir, “la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por efectos lesivos; sólo ellos pueden justificar el coste de pena y prohibiciones; no se puede ni debe pedir más al derecho penal”¹⁸. El prestigioso penalista mexicano Sergio García Ramírez, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coincide con

¹⁷ Ciertamente, a nivel social, la teoría no es fácil de explicar; toda persona que ha sufrido un daño pretende encontrar solución a través del derecho penal; el resultado es no solo una creciente intromisión del aparato represivo estatal en la vida cotidiana de la sociedad. (LARRAUDÉ, Ariel, *Las reglas del orden*, DPyC, 03/11/2016, pág. 106, Cita Online: AR/DOC/3205/2016), sino múltiples frustraciones, desde que no existe sistema en el mundo que pueda dar respuesta penal eficiente a cualquier daño.

¹⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Ediar, Bs As., 2000, pág. 39.

este aserto¹⁹. Por lo tanto, cuando una conducta se incrimina penalmente, es porque está en juego un bien relevante. La protección del feto es un bien relevante. Este punto está fuera de discusión.

(b) El ejercicio de derechos fundamentales y su penalización.

Con gran fuerza argumentativa, la sentencia brasileña dice:

La historia de la humanidad es la historia de la afirmación de la persona frente al poder político, económico y religioso. Los derechos fundamentales son el producto de este embate milenario, y se incluyen en la Constitución como derechos humanos. Esos derechos fundamentales son oponibles a las mayorías políticas ocasionales; por eso, funcionan como un límite al legislador e incluso al poder constituyente reformador. En consecuencia, la regla es que el Estado no puede limitar la libertad de las personas de un modo arbitrario o caprichoso, y mucho menos imponer una sanción penal, sin alguna razón, para promover algún objetivo que deba legítimamente perseguir.

Estos conceptos se trasladan sin dificultad al derecho argentino. Las leyes responden a las mayorías ocasionales; de allí que, según se pase por períodos más o menos autoritarios, se adoptan normas que penalizan lo que en otras épocas eran conductas

¹⁹ Caso *Albán Cornejo y otros vs/ Ecuador*, del 22/11/2007. El voto señala que no se viola la Convención interamericana por el hecho de que la mala praxis médica no sea sancionada penalmente con un tipo especial.

lícitas. La tipificación del adulterio como delito es un ejemplo claro.

Por eso, los derechos que tienen base en el bloque de constitucionalidad sirven, cual las cadenas de Ulises²⁰, para no ceder a los clamores de las mayorías ocasionales en los tiempos de locura.

(c) Proporcionalidad entre la conducta y la reacción del Estado.

La sentencia bajo comentario afirma: “La proporcionalidad, hermanada con la idea de ponderación, no es capaz, por sí sola, de dar solución material a los problemas. Pero una y otra ayudan a estructurar la argumentación de una manera racional, permitiendo la comprensión del itinerario lógico recorrido y, consecuentemente, el control intersubjetivo de las decisiones”.

²⁰ “Ulises, temiendo el canto de las sirenas que seducía a los marinos llevándolos a la muerte, ordenó que lo ataran al mástil de su barco para protegerse de la tentación. Sus marinos taponaron sus oídos con cera para ser inmunes al canto de las sirenas mientras Ulises atado al mástil escuchó el canto que no podía tener consecuencias para él. A pesar de los pedidos descarnados que Ulises hacía pidiendo su liberación, sus marinos, siguiendo sus instrucciones anteriores, lo dejaron atado e incapaz de reaccionar al canto de las sirenas. Su vida y la de sus marinos fueron salvadas porque él reconoció su debilidad y se protegió de la misma. La Constitución es el intento de la sociedad de atar sus propias manos, de limitar su habilidad para ser víctima de la debilidad que puede limitar sus valores más deseados. La experiencia histórica señala que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse de sí misma” (SOLA, Juan Vicente, *Derecho constitucional*, ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2006, pág. 47).

Este punto de partida tampoco es ajeno al sistema jurídico argentino. Si el derecho penal es la *última ratio*, no hay dudas que, como mínimo, una sanción de tipo penal debe estar fuertemente motivada y ser proporcional a la conducta cometida.

4. Razones por las cuales la sentencia brasileña estima que la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, en los primeros meses de gestación, es contraria a los derechos fundamentales de la mujer

El parágrafo 20 del voto dice: “Pasando de la teoría a la práctica, se observa que, en el mundo democrático y desarrollado, domina la idea de que la criminalización de la interrupción voluntaria de la gestación ataca gravemente diversos derechos fundamentales de las mujeres, con consecuencias sobre la dignidad humana”. De allí en más, avanza sobre los derechos y garantías que estima vulnerados y se introduce, claramente, en la cuestión de género.

(a) Derecho a la autonomía personal de la mujer.

Martín Lutero decía en el siglo XVII: “Aun cuando ellas se cansen y se gasten con los embarazos y dando a luz, no importa; déjenlas que continúen dando a luz hasta que mueran, que para eso están”²¹. Hay que reconocer que en el siglo XXI, nadie lo dice con esa crudeza, pero algunos siguen pensando en el cuerpo de la mujer como un mero instrumento de reproducción humana²².

²¹ Recordado por YAMIN, Alicia Ely y MAINE, Deborah, *La mortalidad materna como una cuestión de derechos humanos: evaluando el cumplimiento de las obligaciones de tratados internacionales*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 135.

²² Ver FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de*

El juez Barroso ataca de plano esa instrumentalización. Toda persona, dice, debe ser tratada como un fin en sí mismo, y no como un medio para satisfacer intereses de otros, o intereses colectivos. Dignidad significa, desde el punto de vista subjetivo, que todo individuo tiene valor intrínseco y autonomía. El cuerpo de la persona es un aspecto central de la autonomía y, consecuentemente, de su dignidad. Siendo así, penalizar el aborto en una etapa en la que el feto es incipiente y depende absolutamente del cuerpo de la mujer es tratar a la mujer como si ella sólo fuese un útero al servicio de la sociedad, y no una persona autónoma en el goce pleno de su capacidad de ser, pensar, vivir su propia vida.

El juez Barroso no está solo.

En el mismo sentido, la sentencia C-355 de 2006 de la Corte colombiana dice: “La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y, por lo tanto, debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”.

En la Argentina, en el caso “F.A.L.” (ver infra 5), con cita de Nino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo dice con todas las letras: “La pretensión de exigir a toda otra víctima de un delito sexual llevar a término un embarazo que es la conse-

la femme et Biomédecine, Approche internationale, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013. En esta obra se publican 17 artículos, de autores que sostienen diversas posiciones

cuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.)”.

En España, el voto del recordado magistrado Francisco Tomás y Valiente en la sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional afirma: “Frente a tan abstractas consideraciones de la vida como valor, llama la atención que la sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, se deriva quizás la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada”²³.

No desconozco los grandes debates sobre las nociones de autonomía y dignidad²⁴. No obstante, independientemente de

²³ Citado por TOMAS VALIENTE, Carmen, *La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto*, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DEL-TORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, *La suprema Corte de EEUU y el aborto*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pág. 94. En una sentencia anterior, la 75/1984, el magistrado se había negado a considerar que el feto era “vida española” que estableciese la competencia de un hecho acaecido en Gran Bretaña. “No hay fetos dotados de nacionalidad española, ni embriones ingleses o uruguayos. No puede hablarse de vida española, salvo que sustituyamos el lenguaje jurídico por el metafórico” (Recordado por MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 287).

²⁴ Para la cuestión de la dignidad, ver, de mi autoría, conjuntamente con Nora Lloveras, “Dignidad humana y consentimiento de personas

esta cuestión, tengo para mí que ambos conceptos están íntimamente ligados al problema del embarazo, como lo muestra palmariamente el recordado caso del violista secuestrado a quien se le requiere permanezca unido a otra persona, por medio de un instrumental médico, durante nueve meses, para salvarle la vida. A la mujer, al igual que al violinista, no puede exigírsele que tenga solidaridad con el feto²⁵.

Los derechos individuales deben ser protegidos, aún en contra de “metas colectivas” que el Estado puede formular, si el instrumento buscado implica que la persona se convierte en un simple instrumento de otra²⁶. Como dice Dworkin, es necesario que el Estado garantice una serie de libertades contra imposiciones de “preferencias externas” de la sociedad²⁷. No se toma “en serio” a las mujeres, si constituyen un mero instrumento que carga en su cuerpo un embarazo con el solo fin de proteger en forma absoluta otra “vida”. “Prohibir a una mujer interrumpir un embarazo no deseado implica colocarla en la posición de me-

carentes de competencia (Art. 7 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos), en CASADO, María (coordinadora), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters, Barcelona, 2009, pág. 219.

²⁵ Recordado por FARRELL, Martín D. *La ética del aborto y la eutanasia*, A. Perrot, Bs As, 1985, pág. 18/19 y por ALONSO, Juan Pablo, *Violación, aborto y las palabras de la ley*, en *Pensar en Derecho*, año 1, n° 0, Facultad de Derecho, Universidad de Bs As, 2012, pág. 326.

²⁶ OSORIO, Miguel A., *Derecho al aborto o el derecho de las personas a no ser tratadas como un medio para fines colectivos*, JA 2012-III-464.

²⁷ DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 139, citado críticamente por ZAMBRANO, Pilar, *El liberalismo político y la interpretación constitucional*, JA 2011-III-1223.

dio para llevar adelante la gestación y refuerza el estereotipo de la mujer como encargada natural de la reproducción e incapaz de tomar decisiones autónomas sobre su salud²⁸. Por eso, crear barreras para el acceso a métodos anticonceptivos o al aborto cuando es legal, puede ser calificado de violencia contra la libertad reproductiva, en tanto implica gobernar ilegítimamente el cuerpo de las mujeres²⁹.

En suma, “Si la mujer quiere ser medio para la aparición de una nueva vida, puede serlo; pero si no lo desea, un tratamiento digno implica garantizar el derecho a interrumpir ese embarazo”³⁰. En este sentido se lee en la sentencia brasileña: “Todos tienen derecho a expresar y defender sus dogmas, valores y convicciones. Lo que no debe permitirse desde lo público es criminalizar la posición del otro. En temas moralmente controvertidos, el Estado no debe inclinarse por una u otra posición, sino permitir que se pueda optar con autonomía. El Estado debe ponerse del lado de las mujeres que desean tener un hijo y de las que no desean tener un hijo. En suma, el Estado debe estar de los dos lados; el Estado no puede escoger uno solo”.

Es verdad que, a nivel de opinión pública, según diversos estudios, la aceptación del aborto como expresión de la autonomía de la mujer se concentra en las causales asociadas al orden de “lo traumático”, como el embarazo que es producto de una violación, cuando está en peligro la vida de la mujer, o el feto tiene

²⁸ RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

²⁹ DEZA, Soledad *Las mujeres muertas por violencia en Salta*, LLNOA 2015 (noviembre), pág. 1041, Cita Online: AR/DOC/3800/2015.

³⁰ CAMELO, Gustavo, *Aborto no punible y autonomía de la víctima*, JA 2012-II-301.

malformaciones”³¹, pero debe avanzarse en el sentido del respeto de esa voluntad cuando la gestación es incipiente³². La sentencia brasileña se pregunta: ¿Cuál es la situación del embrión en la primera etapa de la gestación? Contesta: “No hay una solución jurídica para la controversia (desde el momento de la fecundación, o cuando se forma el cerebro, etc.). Depende de la opción religiosa, filosófica o ideológica de lo que se entienda por respeto a la vida. Pero algo es incontestable; en esa primera etapa, el embrión no puede desarrollarse sin el cuerpo de la mujer; o sea, depende íntegramente de ella”.

La autonomía presenta caracteres específicos en el caso de interrupción del embarazo de las adolescentes, desde que entra en juego la noción de “autonomía progresiva”³³. Las situaciones

³¹ RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

³² También en Chile se escuchan voces en este sentido, aunque en ese país todavía se está discutiendo la eximente del peligro para la vida y salud de la mujer (BULLEMORE, Vivian R. G, *Una perspectiva sobre el aborto en el ordenamiento jurídico chileno*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2013 (marzo), 01/03/2013, pág. 3, AR/DOC/564/2013). En contra DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *La liberté de la femme chilienne sur son corps : une autonomie restreinte par la protection du nasciturus*, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine. Approche internationale*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013, pág. 259.

³³ Me he referido a este tema en “Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?”, en Revista de la Facultad de Derecho, Bioética y Desarrollo, Lima, Perú, N° 69-2012, págs. 169/199 y Rev. Derecho de Familia 57-2012, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 31. Me remito a la doctrina allí citada, a la que cabe agregar, especialmente, el importante trabajo de LAMA AYMA. Alejandra, *Menores y aborto: el fin de*

que la realidad presenta muestran qué cierta es la frase “las tragedias de la vida cotidiana hacen que, en un instante, cambie para siempre la vida de una persona”³⁴. Lamentablemente, el tema es poco comprendido por algunos sectores que detentan el poder, a punto tal de incumplir las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como aconteció en Paraguay, con la orden cautelar n° 178/15, emitida el 8/6/2015 respecto de la niña Mainumby, embarazada a los 10 años; la interrupción del embarazo no se realizó y hoy esa niña ni siquiera puede completar su instrucción primaria, acosada en el ambiente escolar, por el hecho de haber tenido un hijo.

Lo único cierto es que “Encarcelarse en un solo argumento –la afirmación lineal según la cual el feto es un niño y la Convención Internacional sobre los derechos del niño protege su interés superior por lo que la vida potencial no puede ser nunca afectada– y negar el conflicto que implica el embarazo de una menor de edad, producto generalmente de una violación intrafamiliar, importa ignorar la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y aquellas con posibilidades económicas, pues cierra los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que, en definitiva, el sistema penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo”³⁵.

una situación discriminatoria, en NAVAS NAVARRO, Susana (directora) *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 577/606.

³⁴ CAMELO, Gustavo, *Aborto no punible y autonomía de la víctima*, JA 2012-II-309.

³⁵ Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 8/3/2010, Rev. Derecho de Familia 2010-III pág. 157, con nota de FORTUNA, Sebastián, *Lamentablemente, una vez más, crónica de un aborto permitido, un recorrido judicial innecesario y una sentencia definitivamente justa*. Compulsar especialmente DEZA, Soledad, *Autonomía progresiva y aborto*

(b) Derecho a la salud, o sea, a la integridad física y psíquica de la mujer

Se lee en la sentencia bajo comentario: “El embarazo afecta la integridad física, porque el cuerpo de la mujer sufre cambios, e incluso riesgos. Ese embarazo, bendición cuando es deseado, se convierte en un tormento cuando es indeseado. Adviértase que continuar con el embarazo implica asumir una obligación para toda la vida, exige renunciaciones y compromisos muy profundos respecto del otro ser. Tener un hijo por imposición del derecho penal y no por la voluntad libre configura, entonces, un ataque a la integridad física y psíquica”.

En el mismo sentido, desde el Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona se sostiene: “*El Estado no debe obligar a las mujeres a tener hijos no deseados y menos recurriendo al Derecho penal*”³⁶.

También aquí hay coincidencias con la sentencia C-355 de 2006 del Tribunal constitucional colombiano: “Las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte, la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias, inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte, la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés ge-

permitido por la ley con enfoque de género en salud, en ZAFFARONI, E.R. y HERRERA, Marisa, *El código civil y comercial y su incidencia en el derecho penal*, Hammurabi, Bs As, 2016, pág. 177.

³⁶ Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, Barcelona, abril de 2008, www.bioeticayderecho.ub.edu.

neral, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros”.

No ignoro que algún autor sostiene que “el derecho a la salud no está involucrado porque la mujer embarazada no está enferma, desde que el embarazo no es una enfermedad; por el contrario, es signo de salud” y que el nacimiento del concebido no provoca enfermedad alguna en la mujer³⁷. Estas afirmaciones cierran los ojos a los tremendos problemas de salud física y mental vinculados a los embarazos, no sólo cuando la mujer está enferma y requiere medicamentos que perjudican la salud del feto, colocándola en una situación de salvar su vida o la del feto³⁸, sino casos frecuentes, que motivan que en la mayoría de los países civilizados la mujer no tiene por qué ceder su propia vida, si ella no lo quiere así³⁹.

Cualquier embarazo tiene efectos sobre la salud; un embarazo no querido, no deseado, que se sienta como imposible, puede

³⁷ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, ed. UNAM y otros, México, 2008, t. VI pág. 386.

³⁸ La República Argentina fue denunciada al sistema interamericano de Derechos Humanos, precisamente, porque un médico se negó a proveer a una mujer embarazada, que tenía cáncer, un medicamento que podría haberle salvado la vida, pero causaría daños del feto. La mujer murió (y con ella también el feto), y el médico fue acusado penalmente por mala praxis.

³⁹ Ver, entre otros, GONZÁLEZ, Ana y DURAN, Juanita, *La causal salud en el marco de los derechos humanos*, JA 2012-III-408.

afectar la salud psíquica si, de algún modo, se fuerza a continuarlo⁴⁰.

Hasta el propio juez Rehnquist, en su disidencia en *Roe c/ Wade* (ver infra n° 4.g) aceptó que podía ser inconstitucional una ley que prohíba el aborto cuando sea necesario para salvar la vida de la mujer⁴¹.

(c) Violación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer

La sentencia que se comenta argumenta que la sexualidad femenina, al lado de los derechos reproductivos, atravesó milenios de opresión; que el derecho de la mujer a una vida sexual activa todavía es objeto de tabúes, discriminación y preconceptos y que parte de esas disfunciones se ha fundado, históricamente en el papel que la naturaleza reservó a las mujeres en el proceso reproductivo. Concluye en que justamente, porque a la mujer le cabe la carga de la gravidez, su voluntad y sus derechos deberían estar protegidos con mayor intensidad. El Estado debería proteger a la mujer que quiere tener un hijo y también a la que no lo quiere tener; en ambos casos, custodiar su salud.

El planteo recuerda la historia descrita por Linda Gordon⁴²;

⁴⁰ RAMÓN MICHEL, Agustina, *¿Hay derecho a la custodia? Las mujeres y el aborto*, JA 2012-III-445.

⁴¹ Recordado por DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 140.

⁴² El libro de Linda Gordon se publicó, inicialmente, bajo el título *Woman's Body, Woman's Right*, en 1976; en 2002 la autora lo modificó y pasó a denominarse "The Moral Property of Women. A History of Birth Control Politics in America" (Compulsar BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora)

en las movilizaciones iniciales, dice, las mujeres reclamaban el control de su fertilidad a través de la posibilidad de negarse al sexo. Demandaban su derecho a decir "no" a las exigencias sexuales de su pareja. El reclamo perseguía la defensa de la maternidad deseada⁴³, o como dice Laurence Tribe, las primeras feministas luchaban para "no morir en el parto"⁴⁴. Sólo posteriormente comenzó a surgir un nuevo ideal de liberación sexual, el acceso a la anticoncepción se convirtió en el presupuesto para el goce sexual de las mujeres y operó con claridad la separación de la sexualidad y la reproducción⁴⁵.

(d) Violación de la igualdad de género

Se lee en la sentencia bajo comentario: La igualdad prohíbe la jerarquización de los individuos y la des-equiparación infundada, impuestas por injusticias históricas, económicas y sociales. La histórica posición de subordinación de las mujeres en relación con los hombres institucionalizó la desigualdad socioeconómica entre los géneros y promovió visiones excluyentes, discriminatorias y estereotipadas de identidad femenina y de su papel social. Existe una visión idealizada en la experiencia de la maternidad que, en la práctica, puede ser una carga para algunas mujeres. De cualquier modo, en la medida que todo el peso del embarazo lo soporta la mujer, desde que el hombre no queda embarazado,

Justicia, género y reproducción, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 13.

⁴³ Ver GORDON, Linda, *La lucha por la libertad reproductiva: tres etapas del feminismo*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 28.

⁴⁴ TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 152.

⁴⁵ Ver GORDON, Linda, *La lucha por la libertad reproductiva: tres etapas del feminismo*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 28.

sólo habrá plena igualdad si se le reconoce el derecho a decidir sobre si se quiere continuar o no con ese embarazo. Como bien observó el Ministro Britto, valiéndose de la frase histórica del movimiento feminista, “si los hombres se embarazaran, seguramente el aborto sería descriminalizado inmediatamente”.

El argumento es certero. La desigualdad viene desde antiguo. Al parecer, en el antiguo derecho romano, como regla, el aborto no era condenado; pero cuando se lo sancionaba era, precisamente, para marcar la discriminación por cuanto el argumento era que ese aborto era un atentado a la patria potestad del padre⁴⁶; en efecto, el feto era una *pars viscerum matris*, por lo que el *pater familias* disponía de la vida de sus descendientes a su antojo y la mujer no participaba en la decisión de abortar⁴⁷.

La desigualdad debe concluir. Bien se ha dicho que “Más allá de las diferencias en los roles sexuales y en las relaciones íntimas y familiares que pueda crear la costumbre, el Gobierno no puede afianzarlas o agravarlas usando las leyes para restringir la autonomía de las mujeres sobre su cuerpo. Desde esta perspectiva, desde el punto de vista constitucional, resultarían sospechosas las leyes que imponen a las mujeres cargas específicas del género sobre sus relaciones sexuales y maternas. La larga tradición de imponer estas cargas a las mujeres no fortalece la aspiración del derecho a la legitimidad constitucional, sino que más bien puede haberlas debilitado”⁴⁸.

⁴⁶ Compulsar, MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción y SIEIRA MUCIENTES, Sara, *El delito de aborto*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 19.

⁴⁷ MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 19. El autor subraya que los casos de aborto sin consentimiento de la mujer rara vez aparecen en los textos.

⁴⁸ SIEGEL, Reva, *Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y*

(e) Discriminación social e impacto desproporcionado sobre las mujeres pobres

El juez Barroso señala, con razón, que la criminalización no afecta a la mujer que tiene posibilidades económicas. Las mujeres pobres son las que no tienen acceso a las clínicas privadas; en consecuencia, sólo a ellas el Estado priva de un aborto seguro; en su situación de especial vulnerabilidad, no tienen más remedio que recorrer establecimientos clandestinos, sin infraestructura médica, con procedimientos precarios y elevados riesgos de lesiones, mutilaciones y muerte.

Nadie discute ese aserto. En la Argentina se repite: “la penalización constituye un grave problema social que afecta de manera desproporcionada a todas las mujeres y, en particular, a las mujeres pobres”⁴⁹; “el aborto es un delito que castiga sólo a una cierta clase social”⁵⁰; “el aborto es una realidad. Estar a favor o en contra es una falacia, se está a favor o en contra del aborto legal o del aborto clandestino. Los discursos políticos y religiosos en contra del aborto han perdido virtualidad en gran parte del mundo. Lejos están de proteger el derecho a la vida, sino más bien de tolerar los abortos clandestinos”⁵¹.

En los EEUU, Shapiro recuerda que “la idea de que el gobierno debería regular o limitar el acceso de las mujeres al aborto

reproducción, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 47.

⁴⁹ RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en DFyP 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016.

⁵⁰ GIMÉNEZ, Oscar Marcelo, *Despenalización del aborto: entre la religión y el Estado*, ed. Lerner, Córdoba, 2006, pág. 32.

⁵¹ VANELLA, Carolina A. *La Corte Suprema mexicana frente al derecho a la vida*, Sup. Act. 27/06/2013, 27/06/2013, pág. 1, AR/DOC/2183/2013.

para proteger al feto es relativamente reciente en el derecho y en la política estadounidense. Históricamente, su aparición parece haber estado ligada al incremento de abortos practicados por mujeres blancas, protestantes, casadas de clase media y alta (opuestas a las mujeres de otras razas, de bajos ingresos y solteras) entre mediados y fines del siglo XIX y a la amenaza al orden social existente que estos nuevos acontecimientos implicaban⁵². Laurence Tribe, por su parte, dice con gran crudeza que todos aquellos que se oponen a la práctica segura del aborto mostrando fotos de embriones abortados, también deberían imaginar la destrucción y muerte causadas por la carnicería del aborto clandestino en el mercado negro; muchas de las mujeres pobres que sufrieron no fueron anestesiadas; tampoco deberíamos estarlo nosotros⁵³.

La situación de pobreza incide aun en los países donde la interrupción está legalmente autorizada, como muestra, entre tantos otros, el caso mexicano de la niña Paulina, violada el 31/7/1999, a los trece años, que había decidido abortar, el Ministerio Público lo autorizó y, con base en engaños, después de haber sido internada dos veces (la primera durante una semana y la segunda por tres días) funcionarios del sector salud –vinculados a religiosos fundamentalistas– lograron el desistimiento forzado de la solicitud e impusieron a Paulina lo que ella nunca había decidido; ser madre adolescente a consecuencia de la violación que sufrió⁵⁴.

⁵² SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 441.

⁵³ TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág.163.

⁵⁴ *Paulina, en el nombre de la ley*, ed. Grupo de información en reproducción elegida, México, 2010.

El Comité de Derechos Humanos ha mostrado gran preocupación por el tema: “El Comité expresa su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado”⁵⁵.

Lamentablemente, las barreras no solo las ponen los médicos; también los jueces, dilatando los procedimientos judiciales para tornar imposible la práctica; una muestra clara, para no mencionar jueces de Latinoamérica, la da el tribunal de Spoleto, que planteó a la Corte Constitucional la cuestión relativa a la presunta contradicción existente entre la ley italiana n°194 de 1978, que autoriza el aborto en determinadas condiciones, y la decisión de la Corte de Justicia de la Unión Europea, de 18/10/2011, que dispuso el no patentamiento de inventos que implican destrucción de embriones in vitro⁵⁶. El 19/7/2012, la Corte Constitucional italiana sostuvo que la consulta era manifiestamente inadmisibles, desde que aquella decisión del tribunal comunitario dejó en claro que se refería, con exclusividad, a individualizar qué constituye una invención biotecnológica patentable a los términos de la directiva 98/44, por lo que no cabía contradicción alguna entre la ley interna –aun cuando lo discutible era si bastaba el consentimiento de la mujer menor de edad– y el derecho comunitario⁵⁷.

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG (2000), pág. 14.

⁵⁶ LL 2012-B-39, cita on line EU/JUR/2/2011, con nota de BERGEL, Salvador Darío, *De embriones, patentes y dignidad humana*.

⁵⁷ Ver decisión n° 196 de 19/7/2012, con nota de SCALERA, Antonio, *La legge 194 ancora una volta al vaglio della consulta*, en Famiglia e diritto, Ipsosa, 11/2012, pág. 977.

(f) Violación de la regla de la proporcionalidad

La sentencia bajo comentario recuerda que, aunque el código penal del Brasil es de 1940 y ha tenido muchas reformas, el artículo referido a la interrupción del embarazo mantiene la misma redacción, generándose así un gran desfasaje entre la ley y las nuevas realidades sociales.

En la Argentina, el régimen se remonta más atrás. El código penal entró en vigencia el 2/9/1922. Desde entonces, el art. 86 de ese ordenamiento, que regula las eximentes de punibilidad, tuvo cuatro reformas, pero ninguna en manifiesto beneficio de la mujer. En 1968, durante un régimen militar, entró en vigencia el Decreto Ley N° 17.567, que (i) requirió que el peligro para la vida o la salud de la mujer fuese grave; (ii) extendió la eximente a cualquier caso de violación, siempre que estuviere judicializado, y (iii) exigió el consentimiento de un representante legal si la mujer fuere menor, idiota o demente. En 1973, estas modificaciones fueron dejadas sin efecto a través de la sanción de la Ley N° 20.509. En 1976, durante otro gobierno militar, se sancionó el Decreto Ley N° 21.338, que reincorporó las modificaciones introducidas en 1968; en 1984, se sancionó la Ley N° 23.077, que retrotrajo la situación a lo sancionado en 1921⁵⁸.

Barroso señala, entre los avances positivos, la sentencia del Supremo Tribunal Federal ADPF n° 54, del 11/12 de abril de

⁵⁸ FERNÁNDEZ, Gustavo Ariel *La desuetudo del delito de aborto. ¿En miras de una legislación despenalizadora del aborto?*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (octubre), 02/10/2015, pág. 10, Cita Online: AR/DOC/3024/2015. Ver también ANDÍA, María Gracia *Sobre el protocolo para la atención de abortos no punibles en la provincia de Buenos Aires*, Derecho de Familia y de las Personas, 2016 (diciembre), 07/12/2016, pág. 213, Cita Online: AR/DOC/3655/2016.

2012, que despenalizó el caso del anencefálico⁵⁹; ese hito importante para mostrar la falta de realidad del código penal, dice, muestra que “la interrupción del embarazo en los primeros tres primeros meses también necesita ser adecuada a los cambios generados por la Constitución en 1988, las transformaciones de las costumbres y una visión más cosmopolita”.

Una afirmación semejante puede hacerse en la Argentina. El caso del anencefálico llegó a la Corte Suprema, por primera vez, el 11/1/2001⁶⁰, y fue resuelto en el mismo sentido que en Brasil. En realidad, el tema no debería seguir siendo discutido después de lo decidido por la Corte IDH el 29/5/2013⁶¹. Recuérdese, además, que ya en 2005, en el caso *K.L. v/Perú*, el Comité de

⁵⁹ La doctrina aplaude la decisión; ver, entre otros, CRESPO-BRAUNER, María C., *Changement e résistance du droit face à l'autonomie de la femme sur son corps: le cadre brésilien*, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale*, ed. Bruylant, 2013, pág. 254. El voto preopinante de esa decisión correspondió al juez Marco Aurelio, que también votó en primer término en la sentencia que comento.

⁶⁰ JA 2001-II-356. Ver los antecedentes en MASSAGLIA, María V., *Aborto. Embarazos incompatibles con la vida*, ed. Lajouane, Bs As, 2005, pág. 40 y ss; también en BRUBALLA, Sandra M., *La reglamentación del aborto legal en la Ciudad de Buenos Aires: contiendas judiciales a partir del precedente "F. A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (diciembre), 02/12/2015, pág. 49. Cita Online: AR/DOC/3931/2015, y en SIVERINO BAVIO, Paula, *Anencefalia, aborto e diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Suprema de Giustizia della Argentina*, en D'ALOIA, Antonio (a cura di) *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, ed. Giappichelli, Torino, 2005, pág. 553.

⁶¹ En contra, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, *Anencefalia, aborto y parto inducido en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, LL 2013-F-541. El autor sostiene el derecho absoluto del feto y, por lo tanto, no justifica, ni siquiera, el adelantamiento del parto.

los Derechos Humanos declaró que el Estado denunciado había violado el Tratado al no haber permitido interrumpir el embarazo a Karen L, una adolescente de 16 años, que se encontraba en extrema situación de vulnerabilidad económica y social⁶². Por eso, creo que ningún retroceso puede haber en la Corte argentina, pese a la incorporación del juez Rosatti, quien ha manifestado su opinión contraria, desde que él no justifica la interrupción ni siquiera en esos supuestos⁶³.

Ciertamente, modificar el código penal no será fácil. Zaffaroni ha confesado en medios periodísticos que en uno de los últimos proyectos en los que trabajó no introdujeron reformas en materia de aborto para que la reforma no naufragara. No le faltaba razón; la doctrina constitucionalista más conservadora del país sostiene que la despenalización es inconstitucional; para esa posición, no existe el principio de ponderación; los derechos del feto son absolutos y, por lo tanto, siempre “vencen” a los de la mujer⁶⁴.

Lo expuesto no significa que no haya habido ningún avance legislativo en materia de derechos a la salud sexual y reproducti-

⁶² Ver estos antecedentes en MANCINI, Susanna, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012, pág. 90.

⁶³ ROSATTI, Horacio, *El código civil y comercial desde el derecho constitucional*, ed. Rubinzal, Bs. AS., 2016, pág. 174/176. Lamentablemente, no es el único; otros autores ubicados en esta guerra de absolutos también están en contra de la jurisprudencia de la Corte (Ver BACH DE CHAZAL, Ricardo, *El aborto en el derecho positivo argentino*, ed. El Derecho, Bs. As., 2009, pág. 350).

⁶⁴ Entre otros, VÍTOLO, Alfredo M., *Despenalizar el aborto es inconstitucional. Anteproyecto de reformas del código penal*, LL, 2006-C-1404, AR/DOC/2062/2006.

va⁶⁵, pero ninguno ha podido traspasar el muro de la despenalización del aborto.

El juez brasileño insiste en que toda sentencia debe responder al principio de proporcionalidad, que tiene por fin asegurar la razonabilidad sustantiva de los actos estatales, su equilibrio o justa medida. En una palabra: su justicia. Tal principio contiene tres sub-principios:

(i) la *adecuación*, que identifica la idoneidad de la medida con el fin buscado; (ii) la *necesidad*, que expresa la prohibición del exceso y

(iii) la *proporcionalidad en sentido estricto*, que consiste en el análisis de costo beneficio de la medida pretendida para determinar si lo que se gana es más valioso que lo que se pierde.

(i) El sub principio de *adecuación* exige analizar en qué medida la criminalización protege la vida del feto para ver si es tan fuerte que logra desequilibrar las consecuencias negativas que causa en la salud de las mujeres.

Dice el voto en análisis que, en la práctica, la prohibición es ineficaz para proteger al feto. Según estudios realizados por el *Guttmacher Institute* y por la *Organización Mundial de la Salud* (OMS) las tasas de aborto en los países en los que está prohibido son muy semejantes a las de los países en los que está criminalizado. Más aún, la tasa es más baja en los primeros (34 de cada 1000 mujeres en edad reproductiva, contra 37 de cada 1000

⁶⁵ Compulsar CASAS, Laura J. *Impacto de las leyes dictadas en la última década en la Argentina respecto a la salud sexual y la salud reproductiva*, en Doc. Jud. 16/09/2015, pág. 12, Cita Online: AR/DOC/1614/2015; ver también SCHWARTZ, Pedro, *Prácticas de interrupción del embarazo a partir del fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en Rev. Derecho de Familia, n° 61 pág. 159.

donde está criminalizado)⁶⁶. La prohibición también es ineficaz porque se venden medicamentos abortivos sin que el poder público tenga control alguno sobre ellos. En cambio, sí puede tenerlo sobre intervenciones que se realizan en los hospitales, bajo protección médica. Desde la perspectiva del derecho penal constituye una reprobación “simbólica”, pero desde la de la salud tiene un efecto perverso sobre la salud de las mujeres pobres privadas de asistencia

Idénticos argumentos son reiteradamente expuestos en la Argentina. Se citan, incluso, los mismos institutos internacionales proveedores de datos⁶⁷.

Parece mentira que después de tantos años de experiencia se insista en el derecho penal como solución al problema. Recordaba un grande del Derecho Penal: “La ingenua concepción de que la penalidad severa disminuiría los abortos, tiene remotos antecedentes legales. Ya en febrero de 1556, el Rey Enrique II de Francia trató de luchar contra infanticidios e interrupciones del embarazo, por lo que dictó un famoso edicto en que se conminaba con la más grave pena a las mujeres que hubiesen ocul-

⁶⁶ Los estudios que comprueban este dato son numerosos (Véase también World Health Organization. *Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003*. 5ta ed. Ginebra, World Health Organization, 2007) Por ejemplo, la tasa de aborto en 2008 fue de 29 por 1,000 mujeres en edad reproductiva en África, y 32 por 1,000 en América Latina, regiones en donde el aborto está altamente restringido en casi todos los países. En contraste, Europa Occidental, en donde el aborto es generalmente permitido por amplias causales, la tasa fue de 12.

⁶⁷ BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 11.

tado su gravidez. La feroz represión nada aminoró las prácticas abortivas”⁶⁸.

Siguiendo el razonamiento de la sentencia comentada cabría preguntarse si la reprobación penal también es simbólica en la Argentina.

Es verdad que los casos de punibilidad no son cuantitativamente alarmantes, pero no dejan de tener importancia: “durante el período 1993-2009, en la Ciudad de Buenos Aires se registraron cerca de 1130 causas por el delito de aborto, 809 de las cuales fueron por aborto propio. Entre 2002 y 2008, 22 mujeres fueron condenadas en todo el país por el delito de aborto. Aunque las cifras indican que los números son, año a año, cada vez más bajos, hay cientos de mujeres que deben enfrentar largos procesos penales, con el claro impacto sobre la vida personal, familiar y económica que ello implica, que se suma al trauma padecido por el embarazo no deseado y el aborto practicado”⁶⁹.

Por otro lado, no hay que descartar que la buena doctrina sentada en el viejo plenario *Natividad Frías* del 26/8/1966⁷⁰ ha colaborado para la disminución del número de condenas. En efecto, son numerosas las sentencias conforme las cuales “Por aplicación de la doctrina del plenario *Natividad Frías*, no cabe

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis *El aborto y su impunidad*, LA LEY t. 26, pág. 977, reproducido en Rev. Derecho Penal y Criminología, 2016 (mayo), 05/05/2016, pág. 209, AR/DOC/1814/2010.

⁶⁹ BERGALLO, Paola, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 12; conf. FERNÁNDEZ, Gustavo Ariel *La desuetud del delito de aborto. ¿En miras de una legislación despenalizadora del aborto?*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (octubre), 02/10/2015, pág. 10, Cita Online: AR/DOC/3024/2015.

⁷⁰ CNCrim.Corr. en pleno, LL123-842 y JA, 1966-V-69.

instruir sumario en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión. En el caso de que otras personas hayan tenido participación en el hecho, estos también resultarían impunes, ya que el fundamento de tal impunidad para la mujer es la necesidad de salvación frente a la auto acusación forzada, argumento que debe extenderse a terceros intervinientes, quienes se ven de igual modo expuestos a la denuncia del médico⁷¹. Es imposible no recordar a Germán Bidart Campos, quien al criticar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe del 12 agosto 1998⁷² que priorizó a la obligación de denunciar, argumentó: “la vida en gestación que se había destruido con el aborto ya no podía protegerse en el caso, porque el *nasciturus* no existía. Ergo, el conflicto verdadero que con realismo tenía que resolverse no incluía la protección a la vida en gestación de un ser al que el aborto había eliminado. Un criterio de eficacia, unido a un juicio de previsibilidad sobre las consecuencias del fallo parece decirnos que, desde el plano del derecho constitucional, la política crimi-

⁷¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 1, 8/3/2004, Id Infojus: SUG0021760; sala VI, 23/10/2007, LL 2008-D-568, con nota de TODARELLO, Guillermo, *El secreto profesional como instrumento garantizados del derecho constitucional a la intimidad*. Para una crítica a la posición contraria, sostenida por la Corte Suprema de Santa Fe en 1998, ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, ed. Ediar, Bs As., 2000, pág. 45 y doctrina allí citada.

⁷² LL 1998-F-545, con nota desaprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán, *Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico. Entre medio: aborto, vida, salud, igualdad*; y de GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza*. La sentencia también se publica en ED 179-191 y en Foro de Córdoba 54-179.

nal y la legislación penal consecuente, no han de trasladarse a las mujeres pobres el riesgo de la persecución penal por el delito de aborto ya consumado, porque el secreto médico y la vida o salud de la madre colocan en un nivel más alto y más valioso la obligación (también constitucional) del Estado (incluidos los jueces) y de los profesionales del arte de curar, de promover la igualdad real de oportunidades y de trato mediante las prestaciones de salud a favor de todas las mujeres, incluidas las que han abortado. No nos olvidemos que el art. 75 inc. 23, después de instar a la igualdad, particulariza cuatro grupos humanos en especial, y dentro de ellos, menciona a las mujeres”.

La doctrina de este viejo y sabio fallo se ha consolidado con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 18/11/2004, en “De La Cruz Flores Vs. Perú”, fallado el 18/11/2004. En el caso, se cuestionaba el accionar de una médica que había atendido “terroristas” sin denunciarlos. La sentencia afirmó: “Perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el terrorismo, vulnera el artículo nueve de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica”. En consecuencia, los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos⁷³.

⁷³ El voto razonado del juez García Ramírez explicita: “El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquella, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se

(ii) El sub-principio de la *necesidad*, explica el voto de Barroso, exige verificar si hay un medio alternativo a la criminalización que proteja igualmente el derecho a la vida del *nasciturus*, pero que produzca menor restricción a los derechos de las mujeres. Aunque se pudiese atribuir al derecho penal ser un medio de eficacia mínima para proteger al feto, debe reconocerse que hay otros instrumentos para esa protección que son menos lesivos para los derechos de la mujer. Así, por ej., muchos países que aceptan la interrupción en esa primera etapa, establecen un período de reflexión (3, 4 días desde que se brindó información). Además, el Estado debe actuar sobre las *causas* económicas y culturales que provocan los embarazos no deseados. Las dos razones que usualmente se invocan para abortar son: la falta de medios económicos y el drástico cambio en la vida de la mujer que, por ej., le harían perder oportunidades en su carrera. En estos casos, el Estado y la sociedad deben proveer apoyos a la mujer y a su familia. No puede desconocerse que muchos embarazos no deseados provienen de la falta de información (educación sexual) y de acceso a los métodos anticonceptivos.

Efectivamente, como dice la sentencia, la falta de educación sexual es una de las causas principales de embarazos no deseados, al menos, en las adolescentes; la lucha ha sido intensa, a punto

obligara al médico a constituirse en denunciante --o delator-- de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión”. “En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también -y quizás ante todo- para bien público.”

que se ha debido batallar, incluso, contra decisiones que impedirían esa educación sexual a personas menores de 16 años si no se contaba con la autorización de los padres⁷⁴. En mi opinión, estas decisiones cierran los ojos a la terrible realidad latinoamericana⁷⁵.

(iii) El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, dice la sentencia brasileña, requiere verificar si las restricciones a los derechos fundamentales de las mujeres provenientes de la criminalización son o no compensadas por la protección de la vida del feto. La respuesta es negativa. Por un lado, como se dijo, la criminalización provoca: una restricción gravísima en los derechos de la mujer; escasa protección a los derechos reproductivos; ataque a la autonomía y a la integridad psíquica y física y a la salud de la mujer; impacto en la igualdad de género; impacto desproporcionado sobre las mujeres más pobres; costos sociales, porque las mujeres se someten a procedimientos inseguros con aumento de muertes y lesiones. Por otro lado, la protección del feto es mínima, porque la criminalización no ha disminuido el número de abortos. De cualquier modo, hay que reconocer que el peso de esa protección depende del *desarrollo* del feto. La protección constitucional se amplía a medida que la gestación avanza y que el feto adquiere viabilidad extrauterina, adquiriendo entonces progresivamente mayor peso concreto. Sopesando, entonces, costos y beneficios, se torna evidente la ilegitimidad constitucional de la criminalización. En consecuencia, si la conducta de la mujer es legítima, no tiene sentido incriminar a quien la permite o viabiliza.

⁷⁴ Compulsar especialmente, FAMÁ, M.V., HERRERA, M. y REV-SIN, M. *¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?*, en LL 2003-A-237.

⁷⁵ Ver RHODE, Deborah, *El embarazo adolescente y la política pública*, en BERGALLO, Paola (compiladora) *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 71.

La argumentación es aplicable en la Argentina. El principio de proporcionalidad es defendido por la doctrina constitucionalista del país que descarta los fundamentalismos y sostiene que no hay derechos absolutos⁷⁶, ni los del feto, ni los de la mujer; por eso, pondera el estado de gestación, tal como lo admitió la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo*, cuando dijo:

“N° 258. La finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos. 259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

⁷⁶ Compulsar, entre muchos, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario y estado constitucional de derecho*, LL 2006-D-1429.

g) El derecho comparado. La jurisprudencia de tribunales constitucionales de países desarrollados

La sentencia que se reseña recuerda importantes precedentes del derecho comparado, entre otros, *Roe vs. Wade*, de la Corte norteamericana; *R. v. Morgentaler*, de la Corte canadiense y concluye: “prácticamente ningún país democrático y desarrollado del mundo trata como delito la interrupción de la gestación durante su fase inicial, incluyendo Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Canadá, Francia, Italia, España, Portugal, Holanda y Australia”⁷⁷.

Ciertamente, el análisis de la jurisprudencia constitucional de otros países es importante, aunque obviamente, tratándose de un tema tan sensible, normalmente, las decisiones no se hayan alcanzado por unanimidad⁷⁸ y el planeamiento de los casos no siempre guarde identidad en todos los países⁷⁹.

⁷⁷ Un cuadro completo de derecho comparado, hasta el año 2009, puede compulsarse en CARPIZO, Jorge, *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y Eutanasia*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 55.

⁷⁸ Un autor decididamente contrario a lo resuelto por la Corte Federal en el caso F.A.L, que se analiza más adelante, dice: “Llama la atención, de modo inicial, que ninguno de los siete jueces que integran la Corte haya sido “pro vida”, tal como acontece en otras latitudes. Hasta la Corte chubutense aquí “a quo” registró una disidencia. Será tal vez consecuencia de la manera oblicua y pícaro que algunos constituyentes lograron un reconocimiento a la vida en el art. 75.23 en el año 1994. La vida, otrora primer derecho según todas las Cortes (incluso la actual), como eminente valor, merecía algún defensor vocal. Como sea, aquí ese escenario no se produjo” (CARNOTA, Walter, *La interpretación del art. 86 inc 2 por la CSJA*, LL 2012-B-249, AR/DOC/1204/2012).

⁷⁹ Para el análisis comparativo entre: (a) USA y España, SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen,

No pretendo hacer un estudio exhaustivo de derecho comparado; me limito a completar algunas de las referencias contenidas en la sentencia que comento.

– Evidentemente, la experiencia norteamericana es la más conocida. En el *leading case* Roe v/Wade de 1973⁸⁰, la Corte

La suprema Corte de EEUU y el aborto, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009; (b) USA y Alemania, resumen del artículo de LEVY, Richard y SOMEK; Alexander, *Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions*, en Rev. Investigaciones, Bs As, CSN, 2000 n° 3, pág. 751; (c) entre Italia y USA, BARBISAN, Benedetta, *La tutela dei diritti fondamentali negli Stati Uniti: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti*, en MALFATTI, Elena (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, ed. Giappichelli, Torino, 2002, pág. 369 (la autora analiza el caso apuntando al valor del *stare decisis* en uno y otro país); (d) USA y Francia, TURENNE, Sophie, *Le juge face à la désobéissance civile en droit américain et français comparé*, LGDJ, Paris, 2007, págs.203/240; (e) USA y México, Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 27 y ss; (f) España e Italia, D'ALOIA, Antonio (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Jovene ed., Napoli, 2011 (en este libro se publican tres artículos de autores españoles sobre el aborto); IADICICCO, Maria Pia, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola alla complessa definizione di una ragionevole disciplina sull'aborto*, en PÉREZ MIRAS y otros (directores) *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pág. 209.

⁸⁰ La sentencia se transcribe íntegramente, en español, en TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 483 y ss. Un resumen puede compulsarse en SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, A.Perrot, Bs As, 2001, págs. 596/603. Obviamente, la sentencia dio lugar a infinidad de comentarios, a favor y en contra; Ver LOCKHART W., and Others, *Constitutional Law. Cases-comments-questions*, 7° ed.,

declaró inconstitucional una ley del Estado de Texas que había transformado en un delito practicar un aborto, a menos que la vida de la mujer estuviese amenazada por la continuación del embarazo. Recuérdese que, por entonces, en Inglaterra ya existía la *Abortion Act* de 1967, que entró en vigor el 27/4/1968, ley muy liberal, que había causado efectos sociales positivos, en tanto desde su vigencia había caído abruptamente el porcentaje de muertes de mujeres sucedidas en abortos clandestinos⁸¹.

Dworkin dijo: “Ninguna decisión judicial en nuestros días ha suscitado tanta indignación, pasión y violencia física por parte del público o tanta intemperante crítica profesional”⁸². Según

West Publishing Co., 1991, págs. 429/510; ZOLLER, Elisabeth, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, ed. Puf, Paris, 2000, págs. 745/757. Para las circunstancias históricas que rodearon los casos, ver PADILLA, Miguel, *La Corte Suprema de Justicia argentina y la Suprema Corte de justicia norteamericana, Historia de dos tribunales constitucionales*, ed. Ad Hoc., 2004, pág. 523 (capítulo XXXIII). Señalo que el caso llegó incluso a la cinematografía (Ver RODRÍGUEZ ABINAL, Francisco, LORETI, Candela y TOLOSA, Nadia *Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film "Swing Vote"*, en Derecho de Familia y de las Personas, 2016 (septiembre), 05/09/2016, pág. 136, Cita Online: AR/DOC/2430/2016). Recuérdese que el mismo día, el tribunal norteamericano dictó sentencia en el caso *Doe vs Bolton*, interpuesto por temor a que la Corte declarara abstracto el caso Roe.

⁸¹ RIZZIERI, Alessandro, *L'aborto nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, en La Nuova giurisprudenza civile commentata, anno XVII, 2001, parte seconda, pag. 233.

⁸² DWORKIN, R., *The Great Abortion Case*, artículo periodístico citado por SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 438 y en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, *La suprema Corte de EEUU y el aborto*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, pág.12.

ese autor⁸³, *Roe v/Wade* estableció tres cuestiones básicas: (a) Por un lado, el *derecho* constitucional de la mujer embarazada a la autonomía procreativa, por lo que los Estados locales no tienen el poder de prohibir el aborto en cualquier sentido que lo deseen; ningún Estado tiene la facultad de adoptar una teoría de la vida que nulifique la libertad de las mujeres; b) Por el otro, el legítimo *interés* de los Estados en regular el aborto; (c) Ese derecho y ese interés deben armonizar, del siguiente modo: (i) En el primer trimestre del embarazo el gobierno no puede interferir en la decisión de una mujer, salvo insistir en que la práctica sea realizada por un médico con licencia; (ii) En el segundo trimestre el gobierno tiene la facultad de regular el aborto únicamente en lo relativo a preservar y proteger la salud de la mujer (o sea, las únicas regulaciones permitidas son las que están diseñadas para garantizar que el procedimiento sea realizado de manera segura) (iii) en el último trimestre, ya que el feto es viable fuera del útero materno, la protección de su vida se convierte en una razón apremiante o compulsiva (*compelling reason*) para el aparato gubernamental, por lo que se encuentra justificada su intervención; en este último período, el gobierno puede prohibir el aborto, excepto que la práctica sea necesaria para preservar *la vida o la salud* de la madre.

A partir de 1973, diversas decisiones abordaron la cuestión de la constitucionalidad de las *restricciones* al derecho constitucional de la mujer⁸⁴. Esas restricciones tuvieron causa en distintas ra-

⁸³ DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 219.

⁸⁴ Ver SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en Rev. Doxa, n° 31, pág. 438 y ss. El artículo relata también las distintas composiciones del tribunal después del *leading case* *Roe v Wade*, que explican algunas de las variantes posterior-

zones⁸⁵, tales como: (a) el financiamiento de las intervenciones; así, por ej., *Maher v/Roe*, de 1977, estableció que los Estados no tenían la obligación constitucional de pagar por abortos no terapéuticos; tres años más tarde, en 1980, en *Harris c/Mc Rae*, dijo que esa obligación estatal no existía aun cuando el aborto se practicara “por el bienestar” de la mujer⁸⁶. (b) La edad de la mujer; así, en 1979, en *Bellotti v/Baird* sostuvo que los Estados pueden exigir que una embarazada menor de edad y soltera tenga el consentimiento de sus padres siempre y cuando esa ley estadual establezca un procedimiento alternativo a la obtención de ese consentimiento, como sería el judicial; en 1981, en *HL v/Matthewson* dijo que los Estados pueden requerir, en el caso de menores

res. La cita relativa al *stare decisis* que transcribo en el texto aparece en pág. 447. La mayoría de las decisiones que cito en el texto se encuentran incorporadas, en inglés, en el material entregado a los asistentes del seminario *Sex discrimination*, a cargo de los profesores Wharton y Frietsche, en la School of Law de Universidad de Pennsylvania.

⁸⁵ Una autora señala que desde 1973, en los distintos estados norteamericanos, se han dictado 487 leyes para restringir los alcances de *Roe c/Wade*; 33 Estados exigen la notificación a los padres si la mujer es menor de edad; el juez Alito preconizó, incluso, la notificación al marido. Por todas estas restricciones, incontables establecimientos médicos que practicaban abortos han cerrado, y hay Estados, como Missouri en los que, directamente, la mujer que quiere interrumpir el embarazo no tiene clínicas y debe ir a otro Estado (ORFALI, Kristina, *Biomédecine, corps de femme et corps social aux États-Unis*, en FEUILLET-LIGER, Brigitte y AOUIJ-MRAD, Amel, *Corps de la femme et Biomédecine, Approche internationale*, ed. Bruylant, 2013, pág. 308). Para una de esas tantas leyes, ver LAMM, Eleonora, *La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres*. Rev. Derecho de Familia, n° 55, pág. 25, AP/DOC/2181/2012.

⁸⁶ Esta decisión puede compulsarse en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/448/297>.

“demasiado inmaduras” que traten de dar noticia a los padres; en 1990, otras dos decisiones (*Hodgson c/Minnesota* y *Ohio c/Akron*) desarrollaron los requisitos de esas notificaciones; (c) Los requisitos previos a practicar el servicio médico; así, en 1986, en *Thornburg v/American College of Obstetricians*, se pronunció sobre el requisito de los plazos para informar antes de obtener el consentimiento de la mujer⁸⁷; en 1989, en *Webster v/Reproductive Health Service*, se planteó si antes de practicar el aborto el médico podía verificar si el feto era o no viable⁸⁸; en *Planned Parenthood v/Casey* de 1992, no obstante todas las presiones del presidente de la Corte (Rehnquist), la mayoría mantuvo el núcleo duro de *Roe vs Wade*, pero vinculó la validez de las restricciones, en forma más decidida, a la denominadas “cargas indebidas a la mujer”. Posteriormente, otras decisiones, pese a todo, también mantuvieron ese núcleo duro, como *Stenberg v/Carhart*, de 2000 y *Gonzalez v/ Carhart* de 2007, aunque esta última declarara la constitucionalidad de la prohibición de un método específico (dilatación y evacuación, denominado “*partial-birth*”) ⁸⁹.

⁸⁷ Ver referencias de este caso en AJA ESPIL, Jorge, *La doctrina de la Corte de los EEUU en materia de aborto*, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Bs. As., año XXXI, n° 24, 1986, pag.219 y ss. (El autor es contrario a la doctrina sentada en *Roe v/Wade*)

⁸⁸ Según los autores, el caso *Webster* inició un “patrón” de litigio basado en la reacción de las “legislaturas estatales antiaborto” que buscaron limitar los alcances de *Roe*, partiendo del reconocimiento de que el gobierno puede regular el aborto desde el inicio del embarazo (Ver estudio preliminar de J.R Cossío Díaz, L.H. Orozco y Villa y L Conesa Labastida, al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 9).

⁸⁹ Los jueces Thomas y Scalia, aunque adhirieron al voto de Kennedy, que resultó mayoritario por cinco contra cuatro, reafirmaron su posición en el sentido que *Roe v/Wade* no tiene fundamento en la constitución de EEUU y que debía abandonarse definitivamente. Por el contrario, las tres integrantes mujeres (Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor y

No desconozco otros retrocesos de la Corte norteamericana fundamentados en el peso desmedido dado al derecho a la libre expresión y a la libertad religiosa; en efecto, el 26/6/2013, en *McCullen v Massachusetts*, estimó inconstitucional una ley de Massachusetts de 2007 que tipificaba como delito estar parado en una calle o vereda dentro de los 35 pies de la entrada de cualquier servicio de salud reproductiva, con excepción de los em-

Elena Kagan) votaron en minoría, acompañadas, parcialmente, por el juez Stephen Breyer. La sentencia de 2000 se analiza en (Sin autor) *The science, law and politics of fetal pain legislation* en Harvard Law Review, vol. 115, May 2002 n° 7, pág. 2010; ambas sentencias se analizan en el Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 20/27. La segunda, del 28/4/2007 se reseña en SCHERMAN, Ida, *Reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU declara la constitucionalidad de la prohibición del método de “nacimiento parcial” (Partial-Birth Abortion Ban Act*, en Rev. Derecho de Familia n° 37, pág. 189 y en Rev. Investigaciones, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006, pág.1/6. Rodolfo Barra ha utilizado el caso González para criticar a la jurisprudencia de la Corte norteamericana y a la argentina por haber autorizado el adelantamiento del parto en el caso del anencefálico (Ver BARRA, Rodolfo, *La “banalidad del aborto. A propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de USA en la causa Gonzalez, Attorney General v/Carhart*, en DELPIAZZO, Carlos (coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Mariano R. Brito*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pág. 33. La expresión “banalidad del aborto”, conforme lo expresa el propio Barra, rememora el título de la obra de Hanna Arendt, “La vanidad del mal; Eichmann en Jerusalem”, y es suficientemente ilustrativa para mostrar al lector el contenido del artículo. Otros autores, en cambio, han criticado a la Corte en el caso Gonzalez en cuanto implica un retroceso respecto a la autonomía de la mujer; ver MANCINI, Susanna, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012, pág.44 (la autora señala que la mayoría de los integrantes del tribunal eran católicos).

pleados de las clínicas⁹⁰. El tema del derecho a la libre expresión había sido abordado en casos anteriores. Así, por ej., *Madsen vs Women's Health Center*, se pronunció a favor de la constitucionalidad de la medida de la Corte estatal de Florida consistente en mantener una distancia de 15 metros de la entrada de las clínicas, ya que la restricción a la libertad de expresión era necesaria para servir al interés significativo de permitir el ejercicio legítimo de un derecho, y declaró inconstitucional el resto de las medidas; en *Schenck vs Pro-Choice Network* declaró la validez constitucional de zonas de protección "fijas" para salvaguardar la entrada a los centros médicos; en *Hill vs Colorado*, dijo que la ley que requería 2.5 metros de separación entre los manifestantes "Pro-vida" y la entrada de las clínicas de salud con la finalidad de que distribuyeran folletos sin el consentimiento de las personas que ingresaban a estas instalaciones era constitucional. Asimismo, el 30/6/2014, en *Sylvia Burwell* y acumulados, por 5 votos contra 4 decretó la inconstitucionalidad de un decreto del Departamento de Salud y Servicios humanos que obligaba a empresas con fines de lucro, pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto, a financiar cuatro métodos que, según esas empresas, tienen efecto abortivo⁹¹.

⁹⁰ Ver estos antecedentes en el Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjivic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 18 y ss.

⁹¹ Aprueban estos dos últimos antecedentes, LAFERRIÈRE, J.N. y DE GUADALUPE ROMERO RIVERO, D., *Las sentencias de la Corte Suprema de los EEUU a favor de la libertad religiosa y la consejería pró-vida en el debate judicial del aborto*, en ED 258-955; LAFERRIÈRE, J.N., *Hobby lobby": la Corte Suprema de los Estados Unidos resguarda la libertad religiosa ante mandato abortivo*, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, 2015 (febrero), pág. 214, AR/DOC/2693/2014.

Reconozco que el fantasma del cambio de jurisprudencia sigue pendiente, y que desde hace años los autores alertan sobre las modificaciones que pueden traer los cambios de integración del tribunal según quién gane las elecciones⁹². De cualquier modo, en *Casey*, la mayoría recordó que "La libertad no encuentra protección en una jurisprudencia errática" razón por la cual, debe respetarse el *stare decisis*, doctrina que descansa en la idea de que ningún sistema judicial puede hacer su trabajo en la sociedad si considera desde cero cada cuestión en todos y cada uno de los casos en que aparece y, consecuentemente, una vez que una decisión pasa a formar parte del derecho en el cual la gente ha llegado a confiar, no debería ser derribada a la ligera. El *stare decisis* no es un mandato inexorable que obliga a ver como vinculante todo precedente, y podría ser razonablemente ignorado si una regla se ha presentado como intolerable; si los hechos han cambiado tanto o llegan a ser vistos de modo tan diferente como para haberlo quitado de modo significativo a la antigua regla, pero nada de esto ha sucedido con el derecho constitucional de la mujer a interrumpir el embarazo". Por eso, al parecer, la Corte mantendrá los tres núcleos duros del razonamiento: (i) existe un derecho constitucional de la mujer a interrumpir el embarazo; (ii) el interés estatal en proteger la vida potencial es legítimo; (iii) los Estados pueden reivindicar ese interés, siempre que el modo no sea indebidamente gravoso para las mujeres.

—El caso canadiense recordado por el juez Barroso, tuvo estos antecedentes; Henry Mongentaler era un médico de Quebec; fue acusado varias veces de violar la ley por practicar abortos; en una de las sentencias condenatorias llegadas a la Corte Suprema, en 1988, el tribunal de Canadá citó lo decidido por su par

⁹² Ver, por ej., LOW BLOCH, Susan, *El rol de la Corte Suprema en los Estados Unidos*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, ed. Konrad-Adenauer/Ciela, 2000, pág. 107.

norteamericano en *Roe v Wade*. La jueza Wilson, una de las tres mujeres de ese tribunal, recordó, como lo hace Barroso, que la historia de la lucha por los derechos humanos ha sido la historia de quienes luchan por afirmar su dignidad contra un aparato estatal autoritario, y completó la idea diciendo que la historia más reciente es la de los derechos de las mujeres por conseguir colocarse en la misma posición, en un mundo de hombres⁹³.

– En algunos países europeos, la cuestión se ha planteado jurisprudencialmente con visiones parcialmente diferentes.

Así, en España, una autora afirma que los tribunales no se han pronunciado sobre las normas penalizadoras del aborto sino, precisamente, sobre las reformas despenalizadoras (o sea, se han limitado a decir que las leyes despenalizadoras no son inconstitucionales) porque en la tradición constitucional de ese país falta el reconocimiento expreso de un derecho a la autonomía “per se”, por lo que la cuestión es la vulneración de otros derechos de la mujer que se verían violados con esta “maternidad estatalmente impuesta”, tales como el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, la salud, la intimidad⁹⁴. La primera decisión del Tribunal Constitucional sobre el tema data del 27/6/1984 y consideró la cuestión del aborto practicado en

⁹³ Relatado por Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 208

⁹⁴ TOMAS VALIENTE, Carmen, *La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto*, en SHAPIRO, Ian, DE LORA DELTORO, Pablo y TOMAS-VALIENTE, Carmen, *La suprema Corte de EEUU y el aborto*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pág. 94. Para las decisiones del Tribunal Constitucional español ver MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción y SIEIRA MUCIENTES, Sara, *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 19 y ss.

el Reino Unido por médico y pacientes españoles. A diferencia del Tribunal Supremo, el Constitucional entendió que, en el caso, no existía fraude a la ley, por lo que correspondía aplicar la ley extranjera del lugar de los hechos, que no penalizaba⁹⁵. De allí en adelante, el tema versó sobre la constitucionalidad de la ley que despenaliza en determinadas circunstancias, aplicando el principio de proporcionalidad y ponderación: tal lo que acontece con las sentencias 53/1985, del 11/3/1985⁹⁶, y 37/1989 del 15/2/1989.

En Alemania, el tema llegó al tribunal constitucional más de una vez, debido a cambios legislativos en las leyes que despenalizan⁹⁷, al igual que en Italia⁹⁸ y en Francia⁹⁹.

⁹⁵ Ver estos antecedentes en MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 282 y ss.

⁹⁶ Transcripta en GOMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (a cargo de) *Las decisiones básicas del Tribunal constitucional*, ed. Civitas, 2006, pág. 227. Recuérdese que la sentencia fue emitida un año y cinco meses después de que estaba en condiciones de ser resuelta y la mayoría sólo pudo lograrse con el voto del presidente, que desempató (BON, Pierre, *Rapport*, en LENOIR, Noëlle et autres (direction de), *Constitution et Éthique biomédicale*, ed. La documentation française Paris, 1998, pág. 73).

⁹⁷ Resúmenes muy completos de esas decisiones alemanas traducidas al español se encuentran en ALAEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs.727/886. Para un resumen de la primera decisión del 25/2/1975, ver CRUZ, Luis, *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, ed. Comares, Granada, 2005, pág. 42/46. Para una visión histórica de la situación general del aborto en Alemania, ver GROSSMANN, Atina, *Reforming Sex, The German Movement for Birth Control and Abortion Reform 1920-1950*, Oxford University Press, 1995.

⁹⁸ Ver antecedentes en MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 328 y ss.

⁹⁹ MARÍN GÁMEZ, José A., *Aborto y Constitución*, ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pág. 339.

Así, en Francia, la decisión del 15/1/1975 n° 74-54, declaró la validez constitucional de la ley del 17/1/1975, sancionada a propuesta de la ministra Simone Veil; varias modificaciones fueron también sometidas al Tribunal constitucional, entre otras, la del 27/6/2001, que decidió que “es legítimo alargar de diez a doce semanas del período inicial de gestación durante el cual es posible practicar la intervención de interrupción del embarazo, desde que esa ampliación no altera el equilibrio constitucionalmente tutelado entre la salvaguardia de la dignidad humana y la libertad de autodeterminación de la mujer ni constituye una amenaza para la salud de la mujer, conforme los conocimientos de la ciencia y del arte de la medicina actual que garantizan suficientemente de las condiciones de seguridad de esta intervención tardía”¹⁰⁰.

– En América Latina otros tribunales encargados de las cuestiones constitucionales se han pronunciado sobre el tema

En México, el planteamiento constitucional comenzó en el año 2000. Algunos autores señalan tres momentos en los que la Corte Suprema debió responder diversas preguntas, entre otras: ¿Es constitucional la despenalización del aborto en caso de malformaciones genéticas? ¿Es válido constitucionalmente despenalizar la interrupción del embarazo dentro de las 12 primeras semanas de gestación? ¿Es constitucional que las Constituciones

¹⁰⁰ Conseil Constitutionnel de France, 27/6/2001, en *Il Foro Italiano* 2001-445, con nota sin título de PASSAGLIA, P., quien relata las distintas intervenciones del Consejo Constitucional desde la sanción de la ley hasta 2001; la decisión transcrita en el texto está resumida, con comentario favorable de GUYLÈNE, Nicolás, *Constitutionnalité de la loi allongeant le délai légal d'interruption volontaire de grossesse*, *Le Dalloz*, 2002, n° 24, pág. 1948; también en TURENNE, Sophie, *Le juge face à la désobéissance civile en droit américain et français comparé*, LGDJ, Paris, 2007, págs. 229.

locales protejan la vida desde el momento de la concepción.¹⁰¹ La primera pregunta se contestó afirmativamente al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, el día 29/30 de 2002¹⁰². La segunda tuvo igual respuesta al decidir las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007; el argumento central fue: la Constitución no protege el derecho a la vida como tal, sino su privación arbitraria; no puede obligarse al legislador a penalizar la interrupción del embarazo pues el orden constitucional no contiene un mandato en este sentido. La tercera también fue respondida afirmativamente¹⁰³.

¹⁰¹ Compulsar Estudio preliminar de Cossío Díaz, Orozco y Villa y Conesa Labastida al libro de TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, trad. de Dubravka Suznjevic, ed. Inacipe, México, 2012, pág. 27 y ss.

¹⁰² La respuesta ha sido aprobada por prestigiosa doctrina, entre otros, CARPIZO, Jorge, *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y Eutanasia*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 1/51. Un autor menciona esta sentencia entre aquellas que convirtieron a la Corte Suprema mexicana de un tribunal de casación en un verdadero tribunal constitucional (AZUELA GÜITRÓN, Mariano, *La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional*, en *Derecho Constitucional Latinoamericano*, ed. Konrad-Adenauer/Ciela, 2002, pág. 48). Otros señalan los avances procesales de la acción de inconstitucionalidad deducida (ORDOÑEZ, Jorge, *El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México*, en CARBONELL, Miguel (coordinador) *Derechos fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, pág. 859. Un resumen de la sentencia se publica en MEDINA, Graciela y WINOGRAD, Carolina, *Informe sobre el aborto en México y su tratamiento judicial más reciente*, en *Rev. de Derecho privado y comunitario* 2002-1-779.

¹⁰³ Ver VANELLA, Carolina A. *La Corte Suprema mexicana frente al derecho a la vida*, *Sup. Act.* 27/06/2013, pág. 1, AR/DOC/2183/2013.

En Colombia, al igual que en otros países de Latinoamérica, originalmente, el aborto fue penalizado con escasas eximentes; la legislación fue controlada por el tribunal constitucional en diversas ocasiones. El cambio de timón lo produjo la sentencia C-355/2006¹⁰⁴; la causa tuvo origen en una petición de una mujer embarazada, de 34 años, que adolecía de cáncer de útero, a quien los médicos le habían denegado el tratamiento de quimioterapia por afectar la vida del feto, por lo que ella solicitó la interrupción del embarazo. Al igual que en otros países la decisión provocó reacciones encontradas¹⁰⁵. En el mismo sentido que la sentencia brasileña que comento, el tribunal colombiano dijo que “De las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desprestigiar bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que, al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última *ratio*”.

¹⁰⁴ Señalo que, con anterioridad, votos disidentes en sentencias de 1994 y 1997 habían hecho prevalecer los derechos de la mujer en los casos de violación, incesto, mala formación del feto y amenaza para la vida o la salud de la mujer. Un sector de la doctrina criticó estas opiniones, hasta entonces minoritarias (ver HOYOS CASTAÑEDA, Ilva, *La persona y sus derechos*, ed. Universidad de la Sabana, Bogotá, 2000, pág. 113).

¹⁰⁵ Para la fuerte reacción de la Iglesia Católica, ver ORREGO HOYOS, Gloria, *La militancia conservadora contra el aborto no punible en Colombia: Constitución laica versus poder católico*, en JA 2011-II-1271.

En el 2007, el mismo tribunal intervino en un caso en el cual la empresa aseguradora de servicios de salud se negó a cubrir la intervención quirúrgica de aborto en una mujer de 24 años, que padecía de limitaciones de orden psíquico, sensorial y físico (parálisis motriz que la obligaba a trasladarse en silla de ruedas); el argumento era que no se había probado que el acto sexual fuese en contra de la voluntad de la mujer, pues no se había denunciado penalmente el hecho; la madre interpuso una acción de tutela que, rechazada por los jueces inferiores, fue finalmente acogida por el Tribunal constitucional. Poco más tarde, la sentencia T-388-2009, autorizó el adelantamiento del parto de un anencefálico obligando a la aseguradora de prestaciones de salud que cubriese los costos¹⁰⁶.

El Consejo de Estado colombiano ha puesto algunas barreras a la despenalización; en decisión del 13/3/2013, sostuvo que siendo que la sentencia C 355-2006 tuvo por finalizar despenalizar la práctica del aborto sólo en determinados casos (peligro para la vida o la salud de la mujer, grave malformación del feto o embarazo resultante de acto sexual sin consentimiento, o incesto) es inconstitucional el decreto de la presidencia de la Nación que impuso a todas las entidades prestadoras del servicio de salud tener disponibles servicios de este tipo para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al sistema general de seguridad social en salud, sin poner barreras administrativas para postergar la prestación de ese servicio; argumentó que la facultad reglamentaria no puede ejercerse en abstracto, ni frente a actos jurídicos distintos de las leyes o decretos leyes por lo que, ante la carencia de ley, la reglamentación

¹⁰⁶ Ver todos estos antecedentes en MUÑIZ, Javier, *La interrupción del embarazo en Colombia. El largo camino hacia su progresiva liberalización*, en Rev. Derecho de Familia, n° 55, Julio 2012, pág. 249.

de la sentencia judicial configuraba una indebida injerencia en la autonomía de la rama judicial¹⁰⁷.

En Bolivia, aunque el tribunal termina declarando la constitucionalidad de la penalización¹⁰⁸, en su sentencia del 5/2/2014 flexibiliza el aserto, por ej., cuando menciona a la Corte Interamericana en el caso Artavia referido al mayor o menor desarrollo del feto. El tribunal boliviano afirma que la protección de la vida del feto es una protección “gradual y se va incrementando desde la conjugación primaria del óvulo y espermatozoide denominado huevo o cigoto hasta el nacimiento”; por lo que “este Tribunal Constitucional Plurinacional concluye que un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión”; en apoyo de esta distinción (mayor o menor desarrollo del feto) cita los principios de “intervención mínima”, “idoneidad”, “proporcionalidad” y “subsidiariedad”.

Perú también lucha por el acceso a los derechos reproductivos de la mujer¹⁰⁹.

¹⁰⁷ La decisión se publica en ED 252-197, con nota favorable de LAFFERRIÈRE, Jorge, *Una sentencia en Colombia anulando un reglamento de abortos no punibles, con resonancias en la Argentina*.

¹⁰⁸ En esto aciertan LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás - DE JESÚS, Ligia M. - FRANCK, María Inés *El derecho a la vida en una sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*, LL 2014-C- 286, AR/DOC/1302/2014, al comentar la sentencia boliviana que reseño en el texto.

¹⁰⁹ Compulsar DADOR, María, *Barreras para el acceso a los derechos*

5. Paralelismo entre la sentencia brasileña y la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F.A.L. el 13/3/2012¹¹⁰

reproductivos. La penalización del aborto en casos de embarazo por violación, JA 2011-II-1227.

¹¹⁰ La sentencia fue ampliamente comentada, obviamente, a favor y en contra; con y sin reservas. Resulta imposible enumerar a todos; muchos comentarios están citados en otras notas de este trabajo. A favor, más allá de algunas críticas puntuales, entre otros GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La CSJN establece que el aborto voluntario es constitucional y convencional*, LL 2012-B-259 y en *Rev. Derecho Penal y Criminología*, año II, n° 3, Abril 2012, pág. 60; y *Aborto no punible, justicia constitucional y mundos jurídicos posibles*, LL 2012-F-6; EDWARDS, Carlos E., *La impunidad del aborto sentimental en la interpretación de la CSJA*, LL 2012-B-255, AR/DOC/1194/2012; GRISETTI, Ricardo, *Aborto derivado de violación*, LL 2012-B-264, AR/DOC/1193/2012; NIÑO, Luis F., *La interrupción voluntaria del embarazo y el derecho penal. A propósito del fallo de la CSN en el caso F.A.L.*, en *Rev. Pensar en Derecho*, año 1, n° 0, UBA, pág. 283; SPAVENTA, Verónica, *Aborto no punible: con FAL, un paso más en el camino hacia el reconocimiento pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres*, en HERREIRA-KEMELMAJER DE CARLUCCI-LLOVERAS, *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia*, ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. IV pág. 421; AMETTE ESTRADA, Roberto, *Comentario a la sentencia F.A.L. s/medida autosatisfactiva de la Corte Suprema*, JA 2012-III-399; GUIDI, Sebastián, *La verborragia y el silencio. Lo que faltó y sobró en el fallo F.A.L.*, JA 2010-III-414; LAMM, Eleonora, *El aborto ante la Corte Suprema. Una restricción menos, un paso más*, JA 2012-III-423; ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, *Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso FAL sobre aborto no punible*, en JA 2012-III-469; SANDOVAL, Omar, *El derecho a una buena administración del servicio de salud: la Corte ante una difícil decisión sobre el aborto*, JA 2012-III-477; CLERICO, Laura y RONCONI, Liliana, *Aborto no punible en caso de violación: una aclaración esperada. La tesis de la interpretación amplia a partir del fallo F.A.L.*, en JA 2012-II-319; FARRELL, Martín, *La decisión sobre el aborto desde*

Como es bien conocido, en el caso “F.A.L.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que había autorizado la interrupción legal del embarazo a una joven de 15 años

una perspectiva moral, JA 2012-II-328. En contra, GELLI, María A., *Efectos regresivos de una sentencia en punto a la protección del derecho a la vida*, JA 2012-II-349; ZAMBRANO, Pilar y SACRISTÁN, Estela, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.A.L. y la relativización de los derechos fundamentales*, en JA 2012-II-385. Lamentablemente, los contradictores de la sentencia no siempre guardan el estilo, acusando al tribunal, como mínimo, de falaz; ver, entre otros, LANZ, Federico, *Dos interpretaciones en pugna en torno al aborto no punible por causa de violación*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2013 (octubre), 01/10/2013, pág. 163, AR/DOC/2362/2013; PASTORE, Analía G. *El costo de los protocolos de abortos no punibles*, Derecho de Familia y de las Personas 2014 (marzo) pág. 252, AR/DOC/4757/2013; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto *Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)*, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 30/04/2013, 30/04/2013, LL 2013-C-717; VÍTOLO, Alfredo, *Una sentencia arbitraria: el fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en JA 2012-II-403; CHIAPPINI, Julio, *Una interpretación amplia de la CSJN respecto del aborto no punible*, LL 2012-B-250, AR/DOC/1192/2012; LAFERRIERE, Jorge N., *Retroceso del derecho humano a la vida en un fallo de la CSJN sobre aborto*, LL 2012-B-271, AR/DOC/1205/2012; SAMBRIZZI, Eduardo, *El fallo de la CSJN sobre aborto*, LL 2012-B-277, AR/DOC/1203/2012. La revista El Derecho publicó en el t. 247, en págs. 835 a 956, bajo el acápite “Política Criminal”, 11 artículos, de diferentes autores, en contra de lo resuelto, precedidos de una convocatoria de la editorial a no cumplir con lo decidido en la sentencia. Entre los críticos a la sentencia está el nuevo integrante de la Corte Suprema, Horacio Rosatti, por lo que, al igual que en USA, las nuevas integraciones hacen temer retrocesos en la materia (Ver ROSATTI, Horacio, *Derecho a la vida e integridad personal*, en SABSAY, Daniel (director) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias*, Bs. As., ed. Hammurabi, 2016, t. 5 pág. 136 y ss.

de edad que había quedado embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro; de este modo, rechazó el recurso extraordinario que interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en representación del niño por nacer (que ya no existía, pues el servicio médico ya se había realizado cuando recurrió).

Conforme la prueba rendida en las instancias inferiores, la adolescente; (i) “presentaba síntomas depresivos... e ideas suicidas persistentes”; (ii) “el embarazo era vivido como un evento extraño, invasivo... En su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre”; (iii) “la continuidad del embarazo contra la voluntad de la niña implicaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida”. No obstante, el caso debió llegar hasta el Superior tribunal de la provincia y, no siendo esto suficiente para quien representaba al niño por nacer y olvidaba la representación de la adolescente víctima de una violación, también a la Corte Federal.

El *leading case* de la Corte Suprema argentina tiene singulares diferencias con la sentencia brasileña, pues trata el caso de la mujer violada; el brasileño, en cambio, se refiere al derecho de la mujer a abortar en los tres primeros meses de embarazo, sin atender a causas.

No obstante, presenta rasgos muy interesantes. No me propongo hacer un análisis completo de esta sentencia, que tanta bibliografía ha generado, sino resaltar los aspectos más significativos relativos a la función del juez.

(a) Las cuestiones abstractas y el deber de pronunciarse

El caso había devenido abstracto, pues la interrupción del embarazo ya se había producido, incluso, cuando el recurso ex-

traordinario se interpuso. No obstante, la Corte asumió el caso¹¹¹. Entre otros argumentos, dijo: “Dada la rapidez con que se produce el desenlace de estas situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer *todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos*, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos *susceptibles de repetición*, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U.S. 113-1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo –o su eventual interrupción– jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”¹¹².

(b) La cuestión abstracta y los derechos de la mujer, como integrante de un grupo que exige constitucionalmente acciones positivas, por tratarse de un supuesto de desigualdad estructural

No declarar el caso abstracto implica que la Corte, con visión de género, consideró que estaban involucrados derechos e inte-

¹¹¹ Compulsar BONGIOVANNI SERVERA, José G., *Aunque la Corte debió callar, ha sido un gusto escucharla (A propósito de la admisibilidad del recurso extraordinario federal en el caso de aborto)* JA 2012-II-292.

¹¹² Las cursivas me pertenecen.

res de todas las mujeres. Así lo entendieron también, al presentarse como *amicus curiae*, organizaciones de derechos humanos y prestigiosos expertos de Latinoamérica, Estados Unidos, Canadá y Europa, entre otros, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Asociación Civil por el Derecho a Decidir, Católicas por el derecho a decidir, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro de Pesquisas em Saúde reproductiva (CEMICAMP) (Brasil), la Comisión de la Mujer de la Universidad Nacional de Salta, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), el Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro (CLACAI) — Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Human Rights Watch (Estados Unidos), el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR), el Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva, Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (Canadá), la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, The Irish Family Planning Association (Irlanda) y Women’s Link Worldwide (Colombia). Obviamente, también, se presentaron varias organizaciones solicitando se revocara la sentencia del Superior Tribunal provincial.

Un autor critica severamente a la Corte Federal: “Una vez más, la Corte ha elegido un caso extremo y en lugar de adoptar una solución singular y muy circunstanciada, ha emprendido una cabalgata constitucional —favorecida además por la libertad de escribir que dan los casos abstractos— que se extiende hasta los confines de una solución universal, comprensiva de todos los casos imaginables, no importa cuán distintos sean del que motivó la decisión. La solución es la misma para una niña soltera de quince años que para una mujer adulta y casada”¹¹³.

¹¹³ BIANCHI, Alberto B., *Un avance preocupante en la legalización del*

No comparto la crítica. La Corte Suprema de la Nación reconoce en el caso planteado un supuesto de *desigualdad estructural* que le permite decidirlo no sólo para las personas directamente involucradas, sino para todo el colectivo, a la manera de la Corte estadounidense, que cuando se pronunció en *Brown c/Board of Education*, no decidió sólo para Brown, sino para todos los niños negros¹¹⁴.

(c) La judicialización como instrumento de desprotección de derechos

La Corte reconoce que, en determinados asuntos, la judicialización perjudica el ejercicio real de los derechos. “La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”; “se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y *convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales*, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación”¹¹⁵.

aborto, LL 2012-B-241, AR/DOC/1207/2012.

¹¹⁴ Para el tema de la desigualdad estructural y el rol de los jueces ver SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, ed. Siglo veintiuno, Bs. As., 2016.

¹¹⁵ Las cursivas me pertenecen. Para el tema, ver MIGNON, Belén, *Los*

(d) La palabra concepción en la Convención interamericana de Derechos Humanos y la constitucionalidad de las eximentes

La Corte se hace cargo del art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica que, como es bien sabido, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

No es del caso repetir todos los antecedentes de esta norma, pero la doctrina más autorizada reconoce que la expresión “en general” fue incorporada, justamente, para afirmar que no violan la convención las disposiciones existentes en los diferentes países que establecen eximentes o razones de no punibilidad¹¹⁶.

Nadie discute que hay vida desde la concepción, pero esa vida incrementa gradualmente su valor, desde la concepción hasta el nacimiento. Hay casos en los que está justificado sacrificar una vida temprana¹¹⁷.

En definitiva, la Corte sostiene que el Tratado no sólo no prohíbe la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impide castigarlos respecto de toda víctima de violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y legalidad.

derechos sexuales y reproductivos: la judicialización como estrategia obturadora en su efectivo ejercicio y reconocimiento, en Herrera-Kemelmajer de Carlucci-Lloveras, *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia*, ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. IV pág. 539.

¹¹⁶ Compulsar FAERMAN, Romina, *Algunos debates constitucionales sobre el aborto*, en GARGARELLA, Roberto (coordinador) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, ed. A. Perrot, 2008, t. II, pág. 658.

¹¹⁷ FARRELL, Martín O., *La decisión sobre el aborto desde una perspectiva moral*, JA 2012-II, 23/5/2012 pág. 59.

Es la misma posición que asumió la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-355-2006: “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”.

Esta interpretación ha sido convalidada por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo v Costa Rica*, no sólo en los párrafos citados supra n°4.f) sino cuando específicamente cita el caso F.A.L. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, “por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto” como el previsto en el Código Penal argentino”.

(e) La responsabilidad internacional del Estado por el deficiente funcionamiento del sistema de salud y el de justicia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló la responsabilidad internacional del Estado en diversos parágrafos.

Lo dijo para justificar su intervención, aunque la cuestión había devenido abstracta; en este aspecto, parecería que el argumento era innecesario, pues la sentencia recurrida era acorde con lo resuelto por los organismos internacionales¹¹⁸. En cambio, es relevante cuando lo esgrimió para indicar que varios organismos internacionales se han pronunciado *ensurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales* (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente).

Dos autoras afirman que la sentencia confunde el pretendido derecho de libertad a la no penalización del aborto con el derecho de prestación positiva a recibir ayuda médica para abortar¹¹⁹. En el mismo sentido, otro autor incita a distinguir entre eximentes de punibilidad y concesión de derechos¹²⁰.

La crítica se responde con lo decidido por el T.E.D.H., el 20/3/2007, *Tysiac v/ Poland* y el 30/10/2012, en el caso *P. and S. v. Poland*. De nada sirve la despenalización si no se acompaña de acciones positivas para que las mujeres realmente puedan abortar en los casos legalmente permitidos¹²¹. Como dice Noam

¹¹⁸ BONGIOVANNI SERVERA, José G., *Aunque la Corte debió callar, ha sido un gusto escucharla (A propósito de la admisibilidad del recurso extraordinario federal en el caso de aborto)* JA 2012-II-298.

¹¹⁹ ZAMBRANO, Pilar y SACRISTÁN, Estela, *El derecho a la vida y el aborto*, en RIVERA, J.C (h) y otros (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, 2014, t. I, pág. 655.

¹²⁰ BENÍTEZ, Juan José, *¿Puede una eximente de punibilidad dar derechos?*, LL 2012-E-145.

¹²¹ Ver mi comentario a la primera sentencia mencionada en el texto en *El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo*

Chomsky “Una libertad sin una opción real para ejercerla es un regalo del diablo”.

(f) La exhortación a los sistemas locales de salud y su eficacia en los hechos

En línea con otras decisiones calificadas de “exhortativas”¹²², la Corte Suprema de la Nación recomendó a las autoridades na-

grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 2007, pág. 256 y libro Homenaje a Cecilia Grosman, Rubinzal Culzoni, 2009, t. II, pág. 363. Para la situación en Polonia, ver BODNAR, Adam, *Revisión de fallos referida a la falta de disponibilidad de los accesos a los servicios de interrupción de embarazos en Polonia*, JA 2011-II-1239.

¹²² La doctrina ha señalado los riesgos para la credibilidad del Poder Judicial de este tipo de sentencias. Ver MAURINO, Gustavo, *El aborto ante los estrados de la justicia: el desafío de la Corte Suprema como poder configurador del derecho (real) Apuestas y herramientas*, en JA 2012-III-439; BÖHMER, Martín, *Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas*, JA 2012-II-285; dice este autor: “Si las exhortaciones tienen eco, si las políticas públicas reciben estas propuestas, si la legislación se modifica, o si las prácticas sociales se encaminan dentro de los límites sugeridos por la sentencia, entonces podremos decir que la sentencia ha tenido toda la eficacia que se puede esperar de ella”; JALIL, Julián Emil - VAN DOMSELAAR, Carolina *Protocolo de procedimientos para la atención integral de los casos de aborto no punibles. La legitimación procesal activa en las acciones de amparo ante su falta de implementación*, Derecho de Familia y de las Personas, 2014 (diciembre), 03/12/2014, pág. 185, AR/DOC/3540/2014 (los autores critican, con razón, a la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza que negó legitimación a una asociación que reclamaba el dictado del protocolo en la provincia). Para una visión aún más crítica, ver THURY CORNEJO, Valentín, *Atajos constitucionales o la paradoja de saltarse vallas para derribarlas*, JA 2012-II-365.

cionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles que permitan: remover todas las barreras administrativas o fácticas; garantizar información y confidencialidad; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; articular mecanismos que permitan resolver sin dilaciones ni consecuencias para la salud los desacuerdos que pudieran existir entre la mujer encinta y el profesional interviniente; disponer de un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia, sin derivaciones o demoras, manifestándola al momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud para que la institución siempre cuente con recursos humanos suficientes para garantizar el permanente ejercicio de los derechos de las víctimas de violencia sexual; brindar asistencia a las víctimas en forma inmediata y expeditiva resguardando la salud, la integridad física, psíquica, sexual y reproductiva en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática; otorgar tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; obtener y conservar las pruebas vinculadas con el delito; brindar asistencia psicológica inmediata y prolongada, y brindar asesoramiento legal del caso.

Lamentablemente, no todas las provincias han respondido al llamado¹²³ y la Corte ha descartado hacer seguimiento para veri-

¹²³ Un estado actualizado de la cuestión en las diversas provincias puede verse en ANDÍA, María Gracia *Sobre el protocolo para la atención de abortos no punibles en la provincia de Buenos Aires*, DFyP 2016 (diciembre), 07/12/2016, pág. 213, Cita Online: AR/DOC/3655/2016; ver también, DEZA, Soledad: *Protocolos para abortos no punibles*, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, 2015 (agosto), 20/08/2015, pág.

ficar en qué medida su exhortación ha sido cumplida; en efecto, el 3/6/2014 rechazó el pedido a una audiencia pública a tal fin, solicitada por la Asociación de Derechos civiles, otras organizaciones civiles y la propia Defensora General de la Nación. La Corte sostuvo que su jurisdicción había concluido con el dictado de la sentencia¹²⁴.

De cualquier modo, cuando la resistencia judicial frenó los alcances de lo decidido en FAL, la Corte se encargó de darle eficacia. Así, en la causa “Pro Familia Asociación Civil c. GCBA s/ impugnación de actos administrativos”, en el marco de un con-

224, AR/DOC/2157/2015. Para la situación en Córdoba, GARCÍA GILARDONI, Virginia E. *El aborto en la Argentina. Divergencia de criterios interpretativos del artículo 86 a nivel nacional y provincial*, Rev. Derecho Penal y Criminología, 2015 (mayo), 07/05/2015, pág. 36, AR/DOC/2659/2014; en la CABA, GOLDSZTERN DE REMPEL, Noemí *Hacia una correcta interpretación de los protocolos para la atención de los abortos no punibles*, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (octubre), 07/10/2013, pág. 227, AR/DOC/3412/2013; SÁ ZEICHEN, Gustavo, *De frenos y contrapesos. Derecho a la vida. Comentario al fallo Rachid*, en Rev. Derecho Penal y Criminología, año IV, n° 6, julio 2014, pág. 122 y ss AR/DOC/3079/2013; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo o paleoconstitucionalismo: notas sobre aborto voluntario, control de constitucionalidad y convencionalidad y veto*, LLCABA, 2013 (agosto), pág. 347, AR/DOC/3076/2013. Algunos autores han apoyado la resistencia de la justicia cordobesa, en mi opinión, no sin cierto fundamentalismo o, como mínimo, acordándose tardíamente del federalismo, (Ver, entre otros, FLEMING CÁNEPA, Eugenia - RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Aborto no punible. Réplicas locales a propósito de la causa "F.A.L" de la Corte Suprema*, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (septiembre), 05/09/2013, pág. 209, AR/DOC/3084/2013; CARNOTA, Walter F. *Los pronunciamientos de la Corte Suprema y el federalismo argentino*, LL 2013-D-265, AR/DOC/2486/2013).

¹²⁴ Doc. Jud. Año XXX n° 18, 30/4/2014, pág. 29 y JA 2014-I-617.

flicto positivo de competencia, resolvió que hasta tanto se dilucidara esa cuestión formal, suspendía la medida cautelar dictada por uno de los fueros intervinientes (la justicia nacional civil) y notificó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, ante el pedido de realizarse un aborto no punible de una mujer víctima de trata de personas, múltiplemente violada y embarazada, debía proceder a garantizar dicha práctica en un hospital público, prescindiendo de la resolución judicial que había dispuesto suspenderla¹²⁵.

Algunos superiores tribunales de provincia han prestado su apoyo incondicional al caso F.A.L, revocando con fundadas razones, decisiones de primera instancia que negaron autorización para interrumpir el embarazo aún en el caso de adolescentes en claras condiciones de vulnerabilidad¹²⁶.

No obstante, esa posición no es unánime.

En suma, quizás haya que recordar que “dado que las Cortes carecen de todo poder político para comandar lealtades, la efectividad de sus sentencias depende del respeto por el Poder Judicial y el imperio de la ley; este es su capital institucional, un recurso valioso que debe ser protegido y usado de modo inteligente”¹²⁷.

¹²⁵ CSN, 11/10/2012, LL 2012-F1, AR/JUR/51349/2012, con notas de GIL DOMÍNGUEZ, *Aborto no punible, justicia constitucional y mundos jurídicos posibles*, AR/DOC/5320/2012 y de IBARLUCÍA, Emilio, *¿Tienen legitimación las ONG para pedir la suspensión de su aborto?* AR/DOC/5319/2012.

¹²⁶ Para el tema en Salta, ver TAZZA, Alejandro O, *El delito de aborto y la obligatoriedad de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia*, Doc. Jud. 28/05/2014, pág.19, AR/DOC/1337/2014.

¹²⁷ RICHARD y SOMEK, *Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions*, en Rev. Investigaciones, Bs As, ed. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2000 n° 3, pág. 751. Se refie-

g) Conclusiones provisorias sobre el caso “F.A.L.”

Algunos autores, lamentándose, afirman que Argentina recorre un camino inexorable hacia la legalización del aborto¹²⁸ y que “la interrupción del embarazo fruto de una violación no es una medida apta para restablecer los derechos vulnerados por el acto atroz. Si la asistencia del Estado frente a una víctima de violencia sexual se limitará a practicarle un aborto rápido, gratuito y seguro, nada estarán haciendo las autoridades en protección de esa mujer, niña, adolescente o adulta, capaz o no, que ha sido violada. El aborto en caso de violación es una política de bajo costo, porque es mucho más económico suprimir una vida y dejar expuesta a la víctima a futuras violaciones —sobre todo en los casos de abuso intrafamiliar— que brindarle una protección integral y favorecer la supervivencia del concebido¹²⁹. En esta línea, algunos calificaron la sentencia de “terrible”¹³⁰.

Otros señalan que la sentencia FAL *ratifica* la *constitucionalidad* y *convencionalidad* del artículo 86 del Código Penal¹³¹, e implica un progreso al realizar una serie de recomendaciones para remover los obstáculos que restringen el acceso al aborto no punible en el país.

ren a las cortes de USA y de Alemania.

¹²⁸ BASSET, Úrsula C., *¿Legalizar el aborto?*, LL 2012-F, pág.111, AR/DOC/5377/2012.

¹²⁹ GALLI FIANT, María Magdalena, *Efectos de la jurisprudencia de la corte suprema en materia de abortos no punibles*, LL 2014-E -366, AR/DOC/3278/2014.

¹³⁰ GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, *El aborto no punible en caso de violación* LL 2012 (noviembre) pág. 1056, AR/DOC/5603/2012.

¹³¹ LEONARDI, María Celeste, *La exigibilidad judicial de los derechos reproductivos*, UNLP 2015, 20/11/2015, pág. 266, AR/DOC/3678/2015.

En mi opinión, la decisión es un importante paso adelante: “a partir de este fallo, los caminos posibles para las mujeres o niñas que sufran ese calvario va a ser menos tortuoso. Se avanza hacia un cambio de paradigma: de un Estado obstructor y revictimizador, a un Estado compasivo y facilitador”¹³².

6. ¿Hay signos de avances hacia la despenalización en la jurisprudencia nacional?

Un señor denunció a una mujer, su pareja, que estaba embarazada, y a dos médicas que le proporcionaron la medicación necesaria para que la gestante pudiera interrumpir el embarazo¹³³. La jueza interviniente reconoció que el accionar de las tres coimputadas estuvo dirigido a interrumpir el curso del embarazo. No obstante, rechazó la solicitud de llamar a indagatoria del titular de la Fiscalía de Instrucción y sobreseyó a las tres personas imputadas; entendió que el hecho objeto del proceso se encontraba justificado al verificarse los tres requisitos para encuadrar las conductas como un caso de “aborto terapéutico”, previsto en

¹³² MORGENSTERN, Federico, *Zugzwang: La Corte Suprema y el aborto no punible*, JA 2012-II-356

¹³³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *El derecho a la interrupción legal del embarazo y la violencia de género*, LLCABA2016 (octubre), pág. 6, AR/DOC/3098/2016; YAHIA, Julieta, *La violencia de género en los abortos no punibles. A propósito de una correcta decisión judicial*, en DPyC 2016 (noviembre), 03/11/2016, pág. 116, AR/DOC/3312/2016 (La tesis doctoral de la autora lleva por título *Los abortos no punibles en el código penal argentino*; ha sido publicada por la facultad de derecho de la UBA con cooperación con editorial La Ley). En contra de lo decidido, GONZÁLEZ PONDAL, Tomás Ignacio, *Crítica a una sentencia pro-aborto*, LLCABA, 2016 (octubre), pág. 6, AR/DOC/2951/2016 (el autor critica, incluso, que se llame interrupción del embarazo al aborto).

el art. 86, inc. 1, del CP, en razón (i) del peligro para la salud de la mujer embarazada (dados los hechos de violencia de su marido), (ii) su consentimiento sin vicio alguno, y (iii) la calidad de médicas matriculadas de las otras dos imputadas.

Dejo al lector el relato del caso para que responda, a su gusto, la pregunta del epígrafe.

7. Palabras de cierre

Alguien podrá pensar que los tres jueces que hicieron mayoría pensaron que este sería “el caso” que les permitiría pasar a la historia del derecho judicial brasileño. Sería una visión muy mezquina, que parte de una presunción que no cuenta, ni siquiera, con indicios en los cuales apoyarse.

Por mi parte, creo que ellos abrieron en su país un camino que debe ser recorrido. En definitiva, se alinearon en la posición que debería tomar el legislador, tal como lo hizo el uruguayo en octubre de 2012, al despenalizar el aborto en los primeros tres meses de gestación, proveyendo de cobertura médica a la mujer, si se respetan las pautas razonables fijadas¹³⁴.

Ojalá el legislador de otros países de América Latina tome el mismo rumbo. Mientras ello no ocurra, parece que los jueces deben tomar la posta, aunque hayan sido designados por gobiernos no tan liberales, como ocurrió con la jueza Sandra O’Connors, primera mujer que llegó a la Corte de los Estados Unidos que, pese a haber sido nominada por el presidente Reagan, impidió,

¹³⁴ No comparto, pues, ninguna de las críticas a esa legislación que formula ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Comentario a la Ley y Decreto reglamentario sobre Aborto en Uruguay*, Derecho de Familia y de las Personas, 2013 (julio), 19/07/2013, pág. 162 AR/DOC/2248/2013

al menos dos veces, que ese tribunal abandonara la doctrina sentada en *Roe v/Wade*.

De otro modo, se incumplen las recomendaciones de organismos internacionales, con las consiguientes responsabilidades: “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. *El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal*”¹³⁵.

¹³⁵ Comité de Derechos Humanos, “Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010, párr. 13. En igual sentido, en informe del 18/11/2016 (CEDAW/C/ARG/CO/7) el Comité CEDAW recomendó a la Argentina: El Estado nacional debe: (i) sancionar el proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo; (ii) asegurar que todas las provincias tengan protocolos para la atención de los abortos legales, en línea con el Protocolo del Ministerio de Salud de la Nación; (iii) Garantizar el acceso a abortos legales y seguros, y a servicios pos aborto; (iv) Establecer requisitos estrictos para evitar el uso indiscriminado de la objeción de conciencia.

LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL: EL DESAFÍO DE ABREVIAR Y DETALLAR AL MISMO TIEMPO

por Dr. Eduardo Oteiza

Eduardo Oteiza, Profesor titular y director de la Carrera de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de la Plata. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (2011) y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2010). Ex presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (2011-2013). Realizó el programa posdoctoral Jean Monnet Fellow en el Instituto Universitario Europeo (1987-1988) y fue becario del CONICET (1987), de la Académica de Derecho Europeo (1991) y de la Universidad de Bolonia (1993). Codirector de la colección Proceso y Derecho de la editora Marcial Pons y del Comité de Redacción de la International Journal of Procedural Law. Fue profesor invitado, entre otras, de las siguientes universidades: Yale, Bolonia, Turín, York (Toronto), Catania, Lima, Los Ángeles (Chimbote), Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), Externado (Bogotá), Medellín, de la República (Montevideo), Universidade Federal do Paraná (Curitiba) y Unisinos de Porto Alegre. Realizó numerosas publicaciones.

**LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL:
EL DESAFÍO DE ABREVIAR
Y DETALLAR AL MISMO TIEMPO**

**1. Una apelación algo iconoclasta acerca del
cuento y las sentencias**

La propuesta que someto a la discusión adopta la forma de un ensayo ya que busca moverse con libertad en los márgenes de contacto entre la literatura y el derecho, desde una perspectiva que centra la atención en la tarea de motivar las resoluciones judiciales. Consiste en tomar para el derecho una experiencia literaria. Acercar el derecho a la literatura con objetivos limitados y sin pretender asimilarlos. La filosofía parangona ambos universos, emplea a la literatura para explicar fenómenos jurídicos. Con una perspectiva similar intentaré observar la relación entre literatura y derecho desde las exigencias que se plantean a los escritores tanto de ficción literaria como de pronunciamientos jurídicos. Utilizo la palabra pronunciamiento debido a que posee un significado que me permite aludir también a los abogados y a los académicos, quienes se encuentran compelidos por similares requerimientos narrativos que los escritores y los jueces.

Del universo literario tomaré, como género, el cuento ya que puede ser un parámetro útil para el lenguaje legal. A pesar de tratarse de una simplificación en cuanto a las técnicas de escritura cabe sostener que hay diferencias entre el cuento y la novela relacionadas con la extensión y el número de historias a ser contadas. En la redacción del cuento está presente de un modo diáfano la frontera flexible a observar. La novela tiene dimensiones más ambiguas, es más elástica. El cuento es una síntesis

con detalles. El contraste de las escalas ha permitido decir que ciertas novelas hubiesen sido mejor escritas tomando la técnica del cuento. ¿Cuál es el motivo para emplear el tiempo que demanda escribir y leer trescientas páginas cuándo para la estética buscada bastaba con un número que la estructura del cuento podía albergar? Al leer muchas sentencias me he preguntado si no era posible ahorrar un número significativo de palabras. Otras veces me he interrogado cómo entre tantas palabras los puntos neurálgicos de la solución carecían de un tratamiento adecuado.

Al ocuparse de las diferencias entre el cuento y la novela CORTÁZAR¹ sostenía que para diferenciarlos es mejor acudir a las aproximaciones. Las definiciones en ese campo para él no eran aconsejables. Resaltaba las dificultades de dar una definición sobre el cuento y la literatura. De todos modos, decía que la novela es un juego literario abierto que puede desarrollarse al infinito, según las necesidades de la trama y la voluntad del escritor. El cuento, en cambio, es un orden cerrado. Explicaba CORTÁZAR en primera persona: *Alguna vez he comparado el cuento con la noción de la esfera, la forma geométrica más perfecta en el sentido de que está totalmente cerrada a sí misma y cada uno de los infinitos puntos de su superficie son equidistantes del invisible punto central. Esa maravilla de perfección que es la esfera como figura geométrica es una imagen que me viene también cuando pienso en un cuento que me parece perfectamente logrado. Una novela no me dará jamás la idea de una esfera; me puede dar la idea de un poliedro, de una enorme estructura.*

Sin equiparar planos diversos, la potencia de las imágenes de la esfera y el poliedro aplicadas a las ambiciones del derecho, indicarían que el cuento pareciera adecuarse más a las soluciones que se esperan de los jueces.

¹ CORTÁZAR, J., *Clases de literatura*. Berkeley, 1980, Buenos Aires, 2013, Alfaguara, pp. 25- 34.

Entre los cuentos he escogido *Funes el memorioso*² de BORGES. Opté por esa obra en primer lugar por una razón personal, y en cierto modo banal, consistente en las sensaciones que despierta en mí en cada nueva lectura. Posiblemente esa subyugación determinó que lo utilizara en mis clases de la Universidad de La Plata para mostrar las dificultades que ofrece un texto y cómo pueden ser solucionadas con maestría. Allí descubrí que facilitaba el examen de la relación entre los hechos, el texto y los nuevos lectores. Además, se trata de una narración que se divulgó en un medio gráfico masivo. El lenguaje empleado por BORGES tuvo la ambición de ser comprendido por los lectores de un diario. Seduce encontrar un texto tan rico pensado para un universo de personas tan vasto. Lejos de tratarse de un cuento para minorías el origen de su publicación lo coloca en el terreno de lo masivo.

Funes el memorioso contiene una historia de apariencia simple que nos ofrece una experiencia compleja una vez que ahondamos en su trama. Pareciera ofrecer un único mensaje que a poco que se lo lea con cuidado esconde una interesante variedad de puntos para el análisis. Esa contradicción resulta sugerente al abrirnos el camino a algunas preguntas: ¿Cómo darle sencillez a una narrativa que reclama el recuento de detalles a privilegiar? ¿Qué estrategias deben ser desarrolladas en un texto que adjudica derechos a partir de hechos que deben decantarse del sistema jurídico? ¿Cuáles circunstancias y con qué desarrollo argumental se abastece una justificación apropiada para dar satisfacción a los contradictores?

Adelanto que domina mi planteo una visión heterodoxa o al menos poco ortodoxa ya que procura comparar la tarea desarro-

² BORGES publicó por primera vez *Funes el memorioso* en el diario argentino *La Nación* el 7 de junio de 1942. Luego formó parte de su libro *Ficciones* de Editorial Sur (1944).

llada por el juez al sentenciar con la del escritor al trabajar con un texto literario. Así como NUSSBAUM³ apela a *Tiempos difíciles* de Dickens para explicar su posición en cuanto a la igualdad, la racionalidad judicial, la fantasía y la imaginación en el derecho, yo acudiré a BORGES y su *Funes el memorioso* con tres finalidades centrales. La primera tiene que ver con subrayar la tensión entre el detalle y la abstracción como límites que reclaman la atención de la tarea narrativa desarrollada por el juez al elaborar una decisión. La segunda es la importancia de las personas y los hechos por sobre las abstracciones al construir una resolución que los debería tener como aspectos centrales. Y la tercera es el valor de la claridad al fijar las pautas que tienen la potencialidad de tener efecto sobre futuras soluciones a emplear en casos similares.

No puedo silenciar que me siento influenciado por dos factores. La admiración por las buenas obras literarias y la preocupación por las decisiones judiciales oscuras. En los textos literarios encuentro ejemplos a seguir y en las sentencias cuestiones de estilo a corregir. Resulta una obviedad destacar que el camino contrario es igualmente fácil de encontrar: buenas decisiones judiciales y pésima literatura. Seguramente por la inclinación natural a observar los problemas propios más que los ajenos (además de las evidentes limitaciones para ocuparme de crítica literaria) tomaré como ejemplo la buena literatura para intentar, al menos, ayudar a mejorar la motivación de las decisiones.

El eje del análisis se refiere al desafío que enfrentan los jueces al elaborar textos que describen situaciones, “cuentan” hechos, formulan argumentos y generan consecuencias inmediatas y mediatas. Haré especial hincapié en que las decisiones judiciales

³ NUSSBAUM, M. *Justicia Poética*, edición original Beacon Press, Boston, 1995, consultada la traducción de GARINI, C., Santiago de Chile, 1997, Editorial Andrés Bello.

tienen un efecto directo sobre las partes que disputan un caso judicial pero también poseen la potencialidad de convertirse en un precedente con influencia sobre la resolución de casos futuros.

2. Breves referencias al deber de fundar

Anticipo que me limitaré a dar solamente algunas notas sobre el deber de fundar. Doy por sobreentendido que las decisiones judiciales deben motivarse por un imperativo democrático, lo cual supone dar una explicación sustentable sobre los actos de autoridad que se deben legitimar en base a buenas razones. El juez se encuentra compelido a sustentar sus resoluciones ya que a ellas no corresponde sostenerlas simplemente como un acto de autoridad. El ejercicio del poder en una sociedad democrática requiere informar sobre las justificaciones razonables que lo sostienen. El juez debe dar los motivos que sustentan la resolución que adopta en el caso. No obstante la justificación teórica que el iluminismo le asignó a la motivación de la decisión en el siglo XVIII⁴, ya en la Partida III⁵ se establecía que *E deue ser dictado el juicio por buenas palabras, que lo puedan bien entender sin dubda ninguna*. Tomo dicha Ley de las Siete Partidas debido a su influencia, hasta mediados del ochocientos, sobre el derecho iberoamericano, con matices que aquí no es preciso puntualizar y para señalar que la justificación de lo decidido tiene raíces antiguas que evidencian que la decisión debe apoyarse en las ex-

⁴ Ver TARUFFO, M., “L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIX (II Serie), 1974, pp.265-295. También en TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, CEDAM, pp.319-351.

⁵ Ley 5, Título 22, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T.III, pág. 282, Madrid, 1847 – 1851, Imprenta de La Publicidad, p. 282.

plicaciones que la preceden para no ser tomada como un simple ejercicio del poder. ALISTE SANTOS⁶ entiende que de esa Ley de las Partidas se desprendería el deber de expresar sin equívocos el fallo y de dar las razones en que se funda la sentencia. De allí no necesariamente cabe inferir que en la praxis de los jueces la regla fuera respetada. La ideología dominante y los sistemas políticos de occidente previos al iluminismo prestaban una atención muy relativa al deber de fundar las decisiones. Un ejemplo sobre esas concepciones lo encontramos en la Real Cédula de Carlos III del 23 de junio de 1778⁷ en la cual se prohibía la motivación. En ella se decía que *Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y en las costas que a las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias...*⁸.

Con diversas redacciones en los códigos procesales de Iberoamérica encontramos normas específicas que imponen el deber de los jueces de motivar sus decisiones. Es tan generalizado el criterio que carece de interés la cita de cada uno de esos ordenamientos y la identificación de los dispositivos respectivos⁹.

⁶ Prescindo de enumerar la basta bibliografía sobre el tema y solamente me permito indicar el libro de ALISTE SANTOS, T.-J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, Marcial Pons. En particular el capítulo I. Génesis, desarrollo y consolidación del deber de fundamentación de resoluciones judiciales.

⁷ Incorporada a la Novísima Recopilación de las Leyes de España, ver en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T.VII, pág. 472.

⁸ En ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 103.

⁹ Menciono como dato singular que en Argentina el Código Civil y Comercial de 2014 establece en el art. 3 que: *El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*. Se trata de una norma que reafirma el principio que

Una dimensión de un impacto unificador está presente actualmente en el derecho constitucional y en el convencional. Ya CALAMANDREI¹⁰, en la serie de seis conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México en 1952, al comentar el art. 111¹¹ de la Constitución Italiana de 1947-1948 que establece que todas las resoluciones jurisdiccionales deben ser motivadas, explicaba que: *Este requisito de la motivación tiene preponderantemente una función exhortativa, y por así decirlo, pedagógica. El juez no se conforma con ordenar, no se limita ya al "sin volo, sic iubeo", pronunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable, y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva de la bondad de la sentencia.*¹² A pesar de la influencia de las constituciones italiana y española en América Latina, son pocas las constituciones de la región que explícitamente refieren a ese deber. Encontramos preceptos específicos sobre la fundamentación en las Constituciones de Perú¹³, Ecuador¹⁴ y Repú-

también reconocen los códigos procesales provinciales y el nacional.

¹⁰ CALAMANDREI, P., *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, EJE, 1960.

¹¹ La Constitución Española de 1978 también establece un principio similar en el art. 120, inc. 3 que dispone que *las sentencias serán siempre motivadas*.

¹² CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 115-143.

¹³ La Constitución Política del Perú de 1993, en el art. 139, que identifica los principios y derechos de la función jurisdiccional, incluye el inciso 5 que establece que: *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*.

¹⁴ La Constitución de la República de Ecuador de 2008 consagra, en el art. 76, que: *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... l) Las resoluciones de los poderes públicos de-*

blica Dominicana¹⁵. En la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica se interpreta que el deber de fundar deriva de la noción que engloba las nociones: debido proceso, garantía jurisdiccional, tutela efectiva o defensa en juicio.

Se ha producido una interpretación del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre (CADH) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que ha fijado algunos estándares trascendentes en la materia. El art. 8 de la CADH enumera los estándares que los Estados deben respetar en materia de *Garantías Judiciales*. En el primer inciso se fijan los criterios generales al establecerse que: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*. Tanto el art. 8 de la CADH, como el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), no contienen una referencia explícita al deber de fundar. La CIDH en sucesivos fallos ha ido dando forma a la garantía. Menciono aquí los casos en los que ha fijado una línea jurisprudencial que contiene las características más salientes de la exigencia de motivación como garantía judicial.

berán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹⁵ Si bien reducida al orden penal la Constitución de la República Dominicana de 2010 dispone, en el art. 40, inc. 1°, que *nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito*.

En el caso *Yatama*¹⁶ la CIDH consideró que Nicaragua había violado el art. 8 de la CADH debido a la exclusión de un proceso electoral de la mencionada organización política sin que el Consejo Supremo Electoral diera motivos para esa decisión. Consideró que: *Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*¹⁷. La CIDH se limita a enunciar que la ausencia de fundamentación genera arbitrariedad pero no abunda en argumentaciones que sostengan esa posición. Se apoya para hacerlo en dos decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos; los casos: *H. R. vs. Bélgica*¹⁸ y *García Ruiz vs. España*¹⁹. En el primero de los casos citados la Corte Europea consideró que las reglas que regulaban el proceso ante el *Council of the Ordre des avocats* de Antwerp no exigía dar explicaciones sobre los motivos por los cuales se fundaba una decisión. Más que desarrollar una doctrina sobre la motivación, la Corte Europea explicó las razones por las cuales el proceso específico analizado violaba el art. 6 de la CEDH. En el segundo la Corte Europea reiteró su propia jurisprudencia (*case law*) al considerar que era un principio de una apropiada administración de justicia que los tribunales expusieran las razones que explicaban sus pronunciamientos. Para la Corte Europea la extensión de ese deber de dar razones puede variar de acuerdo con la naturaleza de la decisión y será determinado a la luz de las circunstancias del caso.²⁰

¹⁶ Caso *Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 23.06.2005. Serie C No. 127.

¹⁷ Caso *Yatama*, pár. 152.

¹⁸ Sentencia del 30.11.1987, Series A no. 127-B, para. 53, ver en: <http://echr.ketse.com/doc/8950.80-en-19871130/view/>

¹⁹ Sentencia del [GC], no. 30544/96, § 26, ECHR 1999-I.

²⁰ *Its established case-law reflecting a principle linked to the proper admin-*

La CIDH retoma el tema de la motivación en el caso *Chaparro Álvarez*²¹ en el cual al tratar una cuestión referida a la aplicación de medidas cautelares expresa que se *debe ofrecer una fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad...* Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. Además de invocar el criterio general expresado en el caso *Yatama*, citó el caso *Hadjianstassiou*²² de la Corte Europea. En ese último caso la Corte Europea si bien se ocupa de examinar las obligaciones asumidas por Grecia con respecto al art. 6 del CEDH, tiene como particularidad que se trató en una decisión de una Corte Marcial examinada luego por la Corte de Casación sobre la violación de un secreto militar. Los estándares fijados en el caso europeo guardan escasa relación con los examinados en *Chaparro Álvarez* y el párrafo citado por la CIDH de la sentencia en *Hadjianstassiou* no profundiza en la doctrina invocada.

Luego la CIDH establece como criterio en el caso *Apitz Barbera*²³ que la fundamentación de las decisiones *protege el derecho*

of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case. Citó los siguientes precedents: *Ruiz Torija v. Spain* y *Hiro Balani v. Spain*, sentencias del 09.12.1994, Serie A nos. 303-A and 303-B, p. 12, § 29, y pp. 29-30, § 27; y *Higgins and Others v. France*, sentencia del 19.02.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, p. 60, § 42.

²¹ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Sentencia de 21.11.2007, Serie C No. 170, párr. 107.

²² *Hadjianstassiou v. Greece*, Sentencia del 16.12.1992, par. 23

²³ Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Admi-

*de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática".*²⁴ La argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.²⁵

La doctrina jurisprudencial de la CIDH por diversos factores incide sobre las decisiones que toman los jueces nacionales. La relación entre la CIDH y los sistemas nacionales depende de una gran variedad de factores. Tal vez los más decisivos sean el acierto con que la CIDH decide los casos que llegan ante ella y la importancia que cada Estado y sus estructuras judiciales asignan al cumplimiento de lo establecido por la CADH. De todos modos, luego de desarrollada la doctrina del control de convencionalidad por la CIDH, se ha subrayado su carácter de último intérprete de la CADH, lo cual permite sostener que el deber de fundar las decisiones judiciales cuenta con un reconocimiento legal, constitucional, convencional y jurisprudencial, en los diversos y variados niveles.²⁶

nistrativo") vs. Venezuela, Sentencia del 05.08.2008. Serie C. La CIDH repite el criterio desarrollado en el pár.170 del caso *Chaparro Álvarez*, en el párr. 107, que será reiterado en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia del 01.09.2011, Serie C No. 233, párr. 141.

²⁴ Caso *Apitz Barbera*, párr. 77; reiterado en el caso *López Mendoza*, párr. 141.

²⁵ Caso *Apitz Barbera*, párr. 78, repetido en *López Mendoza*, párr. 141.

²⁶ Sobre la dimensión constitucional y convencional del deber de fun-

3. Desde qué perspectiva el derecho y la literatura

FALCÓN y TELLA²⁷ plantea que la relación entre el derecho y la literatura puede ser analizada desde tres cuestiones principales. La primera es el *derecho de la literatura*, que refiere a cuestiones tan variadas como la protección de la propiedad intelectual o de la libertad de expresión. El segundo es el *derecho como literatura*, que supone un acercamiento hermenéutico y de teoría general sobre cómo incide la literatura en el derecho o en cómo ayuda la literatura a entender el derecho. Y la tercera es la *presencia del derecho en la literatura*, el relato literario de cuestiones jurídicas.

De esas tres visiones alternativas tomaré el *derecho como literatura* pero con una mirada que difiere de la utilizada por la filosofía jurídica para abordar esa relación. La corriente de la *Law as literature*, de amplio desarrollo fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, parte de considerar que el derecho no es sino un tipo particular de relato.²⁸

Dos de los autores que se ocupan del derecho como literatura han tenido particular incidencia sobre éste ensayo. La apelación de NUSSBAUM al compromiso de los jueces - que según entiendo debería ser similar al de los abogados y los académicos - con quienes resultan beneficiados o afectados por sus actividades profesionales la considero particularmente relevante. Reclama NUSSBAUM que: *Cuando leemos una novela como Tiempos difíciles,*

dar en América Latina ver: Verbic, F. "Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano", *La Ley* del 25.02.2014.

²⁷ FALCÓN y TELLA, M.J. *Derecho y literatura*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

²⁸ La amplia bibliografía sobre el tema, que no resulta necesario reseñar aquí, ha sido convenientemente identificada en el libro de FALCÓN y TELLA, *Derecho y literatura*, pp. 49-58.

*no como teóricos literarios en busca de teorías de la interpretación sino como seres humanos que se conmueven y se deleitan, somos espectadores juiciosos, libres de la parcialidad y el favoritismo personales. Al mismo tiempo, no somos escépticos. No todos reaccionamos de la misma manera ante los personajes y su situación. Pero la estructura de la novela – su manera de presentarnos el mundo y sus tentaciones para identificarnos con ciertos personajes y no con otros- nos sitúa en una postura del corazón y la mente que no es de escéptica indiferencia, pues no cualquier cosa que le suceda a esta gente nos da lo mismo. Por supuesto, podemos rechazar la invitación de la novela a participar de la manera que ella sugiere (aunque entonces no sé para qué continuaremos leyendo)... La novela nos constituye en jueces. Como tales podemos discernir entre nosotros acerca de lo que es correcto y apropiado; mientras los personajes nos importen y actuemos en nombre de ellos, no pensaremos que la disputa es vana ni que se trata de un juego.*²⁹

El escritor compone personajes, se ocupa de darles vida, transmite sus preocupaciones y desnuda una conflictividad esencialmente vital. Intenta por intermedio de la imaginación y la fantasía darle contenido a una ficción. El problema no reside en ver cuánto hay de ficción en una novela sino de comprender la realidad que en ella subyace. Describe el drama humano haciéndose eco de sus emociones. El juez, el abogado y el académico inciden de diversos modos sobre situaciones concretas. El derecho opera sobre una realidad que transforma. La emoción, la comprensión y la empatía debieran conformar la cotidiana experiencia de jueces, académicos y abogados. El problema sobre en qué medida se percibe el drama humano sobre el que se actúa tiene una trascendente significación. El acento puesto por NUSSBAUM hacia el abandono del escepticismo indica la importancia

²⁹ NUSSBAUM, *Justicia Poética*, pp. 119-120.

de comprender el efecto de consustanciarse con las cuestiones a resolver y con las personas a las que ellas afectan.

La tesis de DWORKIN³⁰ sobre el derecho como novela en cadena también alentó el presente ensayo. Al dictar una sentencia los jueces se encuentran en una situación similar a los escritores cuando deben escribir el siguiente capítulo de una novela en la hipótesis imaginada por DWORKIN. Tanto el juez como el escritor deben tener en cuenta el sentido de la historia anterior. Se proyectan al futuro siguiendo la huella del pasado. Más allá de la discusión sobre el derecho como integridad, el vínculo que establece DWORKIN entre la creación literaria y la aplicación judicial del derecho es también un aporte que motivó la realización de éste ensayo. La noción de práctica interpretativa de los jueces tiene una gran riqueza al colocar un alto estándar de responsabilidad en el momento de la decisión. Entiende DWORKIN que *Cada juez debe verse a sí mismo al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a la labor de hoy. "Debe" interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe su propio camino.*

NUSSBAUM y DWORKIN con la ayuda de la literatura orientan la sensibilidad del juez y su responsabilidad al resolver. Sin embargo ninguno de ellos plantea cómo deben los jueces concretar esa decisión. ¿Cómo deben los jueces argumentar en la resolución de los casos? Ambos aluden a la novela en lugar del camino

³⁰ DWORKIN, R. "How law is like literature", en *A matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, consultada la traducción de POMBO ABONDANO, J.M., publicada en RODRÍGUEZ, C. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*, Colombia, 1997, Universidad de los Andes.

del cuento que tiene no pocas ventajas, más allá de la imagen de CORTÁZAR sobre la esfera y el poliedro.

4. Borges y su *Funes el memorioso*

Pocos escritores del siglo XX han despertado tanto interés por sus aproximaciones a la filosofía. Como recuerda SAVATER³¹, la obra de FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, comienza por un reconocimiento: *Este libro nació de un texto de Borges*. Muchos filósofos utilizaron los personajes y paradojas de la ficción borgiana. Borges no era un filósofo pero sus posiciones estéticas penetraban en problemas sustantivos, sugerían interrogantes, dejaban abiertas puertas al pensamiento.

PAULS³² afirma con razón que BORGES tenía el talento de *abreviar y detallar al mismo tiempo*. Sus cuentos son especie de filigranas en la que las palabras van sugiriendo caminos a punto de bifurcarse. Hay contenidos microscópicos que el lector va de a poco descubriendo. *Funes el memorioso* pareciera a primera vista subrayar la importancia de comprender los sucesos como secuencia y de prescindir de los ínfimos detalles. Las limitaciones del protagonista Irineo Funes le impiden captar el devenir de los sucesos, carece de esa capacidad. Cada circunstancia y dato ocupa en él un espacio, es detectado, está presente, tiene singularidad, nada cae en el terreno de la abstracción. Para él no hay elipsis, todo es percibido. No hay categorías sino percepciones.

Pero vayamos a la historia de los encuentros de BORGES con Irineo Funes. En una síntesis tan simplista como superficial podría decirse que se trata de varios encuentros de un escritor con una persona que ha sufrido un grave daño al caer de un caballo.

³¹ SAVATER, F. *Borges: la ironía metafísica*, Barcelona, 2002, Ariel, p. 70.

³² PAULS, A. *El factor Borges*, Barcelona, 2004, Anagrama.

Como consecuencia de esos hechos ha adquirido una memoria que le permite retener cada hecho del pasado. Es capaz de recordar cada circunstancia, pero no puede olvidar, carece de la capacidad de pensar. Lo meramente aparente es el rescate de esa capacidad que parte de la posibilidad de establecer diferencias, de prescindir de lo superfluo y concentrarse en lo importante. Lo llamativo es que el cuento es una suma magistralmente lograda de hechos aparentemente destinados a acercarnos a una conclusión única. La contradicción entre dejar de lado datos y luego rescatarlos. Para Irineo Funes: *Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos.*

En el primer párrafo la palabra *recuerdo* marca un derrotero en el que la medida de la memoria es una de las claves de la historia:

Lo recuerdo (yo no tengo derecho a pronunciar ese verbo sagrado, sólo un hombre en la tierra tuvo derecho y ese hombre ha muerto) con una oscura pasionaria en la mano, viéndola como nadie la ha visto, aunque la mirara desde el crepúsculo del día hasta el de la noche, toda una vida entera. Lo recuerdo, la cara taciturna y aindiada y singularmente remota, detrás del cigarrillo. Recuerdo (creo) sus manos afiladas de trenzador. Recuerdo cerca de esas manos un mate, con las armas de la Banda Oriental; recuerdo en la ventana de la casa una estera amarilla, con un vago paisaje lacustre. Recuerdo claramente su voz; la voz pausada, resentida y nasal del orillero antiguo, sin los silbidos italianos de ahora. Más de tres veces no lo vi; la última, en 1887... Me parece muy feliz el proyecto de que todos aquellos que lo trataron escriban sobre él; mi testimonio será acaso el más breve y sin duda el más pobre, pero no el menos imparcial del volumen que editarán ustedes. Mi deplorable condición de argentino me impedirá incurrir en el ditirambo —género obligatorio en el Uruguay, cuando el tema es un uruguayo. Literato, cajetilla,

porteño: Funes no dijo esas injuriosas palabras, pero de un modo suficiente me consta que yo representaba para él esas desventuras. Pedro Leandro Ipuche ha escrito que Funes era un precursor de los superhombres; “Un Zarathustra cimarrón y vernáculo”; no lo discutí, pero no hay que olvidar que era también un compadrito de Fray Bentos, con ciertas incurables limitaciones.

Seis veces acude a la palabra *recuerdo* para señalar, al final, que no hay que olvidar. El escritor se describe según la mirada de Irineo y al mismo tiempo nos da una primera imagen de a quien termina por calificar como un compadrito de Fray Bentos.

Al releer el cuento se descubre que el primer párrafo es una anticipación completa de todo lo que sucederá luego.

El tiempo de los encuentros con Irineo Funes sucedió entre el siete de febrero de 1884 y el quince de febrero de 1887. Irineo Funes muere en 1889, diez años antes del nacimiento de BORGES.

Mi primer recuerdo de Funes es muy perspicuo. Lo veo en un atardecer de marzo o febrero del año ochenta y cuatro. Mi padre, ese año, me había llevado a veranear a Fray Bentos. Yo volvía con mi primo Bernardo Haedo de la estancia de San Francisco. Volvíamos cantando, a caballo, y ésa no era la única circunstancia de mi felicidad. Después de un día bochornoso, una enorme tormenta color pizarra había escondido el cielo. La alentaba el viento del Sur, ya se enloquecían los árboles; yo tenía el temor (la esperanza) de que nos sorprendiera en un descampado el agua elemental. Corrimos una especie de carrera con la tormenta. Entramos en un callejón que se ahondaba entre dos veredas altísimas de ladrillo. Había oscurecido de golpe; oí rápidos y casi secretos pasos en lo alto; alcé los ojos y vi un muchacho que corría por la estrecha y rota vereda como por una estrecha y rota pared. Recuerdo la bombacha, las alpargatas, recuerdo el cigarrillo en el duro rostro, contra el nubarrón ya sin lí-

mites. Bernardo le gritó imprevisiblemente: ¿Qué horas son, Ireneo? Sin consultar el cielo, sin detenerse, el otro respondió: Faltan cuatro minutos para las ocho, joven Bernardo Juan Francisco. La voz era aguda, burlona.

El atardecer descripto por el escritor seduce por el talento con el que nos hace vivir el delicado paso de un atardecer oculto bajo una *tormenta color pizarra que había escondido el cielo*. La pregunta calificada de imprevisible le permite introducir la perfección de la memoria. Ante la plena conciencia del paso del tiempo a Irineo Funes nada le impide dar las horas y minutos con total precisión. Apoda después a Irineo Funes como el “cronométrico”.

Sobreviene la descripción del accidente por el cual Irineo Funes, al caer un caballo, pierde absolutamente la movilidad y adquiere la capacidad de identificar cada ínfima circunstancia. El escritor vuelve a Fray Bentos y a pedido de Irineo Funes le presta dos libros en latín y un diccionario. Ante la noticia de la enfermedad de su padre, el escritor, antes de partir, va a visitar a Irineo Funes para recuperar sus libros.

Borges describe su incapacidad para reproducir el pasado. Dice que renuncia a la reproducción de las palabras de Irineo Funes en aquel diálogo cuyas notas deja libradas a la imaginación del lector.

Arribo, ahora, al más difícil punto de mi relato. Este (bueno es que ya lo sepa el lector) no tiene otro argumento que ese diálogo de hace ya medio siglo. No trataré de reproducir sus palabras, irre recuperables ahora. Prefiero resumir con veracidad las muchas cosas que me dijo Ireneo. El estilo indirecto es remoto y débil; yo sé que sacrifico la eficacia de mi relato; que mis lectores se imaginen los entrecortados períodos que me abrumaron esa noche.

Como concluye SARLO³³, para Borges el olvido es básicamente una condición de la memoria y del razonamiento porque, si hay olvido de las particularidades, también es posible la abstracción. El intento de realismo absoluto planteado en boca de Irineo Funes ignora los procesos de reconstrucción de la realidad.

La precisión del recuerdo en Irineo Funes era tan inservible que *Dos o tres veces había reconstruido un día entero; no había dudado nunca, pero cada reconstrucción había requerido un día entero.*

El interrogante sobre la representación del pasado constituye un dilema siempre presente en los procesos judiciales. Buscamos en ellos una verdad apropiada al debate judicial con la certeza de la imposibilidad de reconstruir la identidad de lo sucedido. El planteo de BORGES alienta el análisis sobre cuánta incertidumbre sobre los hechos debemos tolerar al decidir jurídicamente un conflicto.

5. Las sugerencias latentes en el relato

El imprescindible balance entre detalle y abstracción constituye el nudo central que el juez debe desatar al definir las fronteras de la exposición de su decisión. Al sustentarla en hechos, análisis y argumentos se encuentra compelido por el deber de motivar pero ante el límite de hacerlo en una dimensión discursiva razonable. Hay una tensión entre particularidad y generalidad que debe resolver de un modo adecuado. Borges pareciera ofrecernos una conclusión pero para sustentarla no escatima en microscópicos aportes que no rompen la lógica del relato. La concentración de la prosa se presenta como un recurso efectivo para puntualizar lo relevante.

³³ SARLO, B., *Borges, un escritor en las orillas*, Buenos Aires, 1985, Ariel, pp. 26-28.

La lectura del cuento muestra la pasión por el arte de la escritura. Las innumerables referencias internas y el juego que plantean exhiben la importancia que tenían para BORGES sus lectores. Revela el compromiso que NUSSBAUM encontraba en *Tiempos difíciles*. La empatía con las partes revela la medida en que el juez se encuentra consustanciado con los problemas que debe decidir sin escepticismos. La sentencia no es una enteleguía encerrada en la imaginación del Magistrado, muy por el contrario, tiene por finalidad resolver en forma justa los conflictos que se plantean en sus estrados con base a los hechos controvertidos y las pruebas aportadas por las partes.

La claridad en el desarrollo y la identificación del mensaje tiene un gran valor jurídico. Las decisiones judiciales impactan sobre las partes. Definen la situación jurídica debatida. Paralelamente forman parte de la novela encadenada que invocaba DWORKIN. De allí que la eficaz argumentación tiene indudables bondades que trascienden el primer anillo del conflicto. Son parte de un debate social que reclama toda la precisión posible en la forma de exponer equilibradamente las razones fácticas y jurídicas que hacen que un proceso sea decidido de un determinado modo. Me refiero al *corazón* de la decisión. Aquel que justifica el argumento central que define la posición del juez sobre el caso y que puede orientar decisiones futuras.

LA JUDICIALIZACIÓN DEL VETO DEL PODER EJECUTIVO SOBRE PROYECTOS DE LEY

por Dr. Néstor Pedro Sagüés

Néstor Pedro Sagüés, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Doctor honoris causa por Universidades nacionales e internacionales. Actualmente se desempeña como profesor en Universidades argentinas y de latinoamérica. Es Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Fue condecorado con la Medalla de Honor del Tribunal Constitucional del Perú. Ha recibido la medalla de honor de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro de las academias nacionales de Derecho y Ciencias Sociales, y de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, y de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, lo es también de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. En el ámbito judicial se ha desempeñado como Magistrado, Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Presidente de la cámara de Apelaciones del Trabajo de Rosario, Argentina, y Fiscal de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Penal y Laboral de la misma sede. Ha publicado numerosos libros y publicaciones en revista.

**LA JUDICIALIZACIÓN DEL VETO DEL
PODER EJECUTIVO
SOBRE PROYECTOS DE LEY (*)**

1. Introducción. Un caso judicial

En el derecho constitucional comparado es frecuente (aunque hay excepciones y modalidades diversas), que se confiera al Jefe de Estado la atribución de “vetar” (esto es, cuestionar, “formular observaciones”, impugnar) total o parcialmente, según los casos, textos legales (en rigor, todavía, proyectos de ley) aprobados por el Poder Legislativo. Tal dispositivo, tomado a menudo del texto constitucional norteamericano de 1787, exige, para ser neutralizado por el Congreso, una mayoría calificada de votos por parte del mismo (con frecuencia, los dos tercios, o mayoría absoluta). Si tal quórum de votación positiva se obtiene, el instrumento objetado por el Presidente se convierte en ley. Caso contrario, el proyecto de ley aborta. Todo ello configura al Poder Ejecutivo como verdadero *colegislador*.

En términos relativamente recientes, se ha planteado el interrogante de si la magistratura constitucional podría revisar la constitucionalidad de un veto articulado por el Poder Ejecutivo. Resulta provechoso, al respecto, asumir un caso concreto de ello. En el problema que tomamos bajo examen, se trató de un veto total dispuesto por el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en el art. 87 de la Constitu-

(*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

ción de la misma. La norma en cuestión principia diciendo que *El Poder Ejecutivo puede vetar totalmente un proyecto de ley sancionado por la Legislatura expresando los fundamentos*. En tal supuesto, el proyecto vuelve al Poder Legislativo, que para superar el voto debe hacerlo con mayoría de los dos tercios de sus miembros, *en cuyo caso el texto es ley. Si no se logra la mayoría requerida, el proyecto no puede volver a considerarse en ese año legislativo*.

En el caso “Rachid, María de la Cruz c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, fue impugnado el decreto 504/2012, del Jefe de Gobierno de la ciudad, que había vetado de ley 4318, referida a la instrumentación de un protocolo para los casos de abortos no punibles. El Poder Ejecutivo, en el decreto referido, expuso que el veto refería a los aspectos formales y materiales de la ley, así como su oportunidad, mérito y conveniencia de las políticas proyectadas en la norma bajo análisis. Por ello, concluyó que el veto configura jurídicamente un verdadero control de legalidad y razonabilidad. En el expediente judicial, el Poder Ejecutivo aseveró que el veto importa una facultad discrecional del Jefe de Gobierno, insusceptible de control judicial.

La impugnación al veto y la pretensión de declaración de inconstitucionalidad fueron sustentadas por la parte actora, en la demanda del proceso judicial de amparo, en que tal facultad del Poder Ejecutivo exige –según la constitución local-, que tenga *fundamentos*, lo que debería implicar argumentos “constitucionalmente políticos o razonablemente y proporcionalmente jurídicos”, no pudiendo basarse –apuntó- en un mero voluntarismo unilateral o de coyuntura, y menos aun en pautas morales o convicciones personales de quien lo ejercita. La actora postuló entonces por la judicialidad del control de constitucionalidad del veto, que no debe quedar exento de ese control (aparte del que ejerce la Legislatura mediante el voto de insistencia, con dos tercios de sus miembros). Argumentó, asimismo, que esa fisca-

lización judicial garantiza con mayor fortaleza el sistema de los derechos fundamentales.

El tribunal de primera instancia admitió la tesis de la demandante. Sostuvo que si el decreto de veto tenía que exponer fundamentos, ellos eran pasibles de una revisión jurisdiccional de razonabilidad y proporcionalidad, a la que están sometidos incluso los actos discrecionales. De paso, cabe neutralizar los vetos con fundamentos meramente aparentes. Además, el veto era una medida excepcional, evaluable judicialmente tanto en lo formal como en lo sustancial, a fin de evitar la reedición de un aforismo como “L’état c’est moi”.

El mismo tribunal reputó concluido el trámite legislativo (al descartar la validez constitucional del veto), dio por promulgada a la ley en cuestión e incluso ordenó publicarla en el Boletín Oficial de la ciudad autónoma, como norma vigente. Esta decisión es muy llamativa, no solamente para el derecho argentino, sino -en general-, para el derecho comparado.

Tal fallo, recurrido, fue revocado en segunda instancia, a nivel de cámara de apelaciones, entre otros motivos, fundamentalmente por reputarse al veto cuestión política no justiciable. Dicha sentencia, a su turno, fue cuestionada por los promotores del amparo ante el Superior Tribunal de Justicia de la ciudad autónoma de Buenos Aires, encontrándose el litigio pendiente de decisión¹.

¹ Agradezco a los Dres. Martín Oyhanarte y Andrés Gil Domínguez haberme acercado significativa información y sentencias vinculadas a la causa. El fallo de primera instancia, del juzgado en lo contencioso administrativo N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo del Dr. Roberto Gallardo, es del 5 de julio de 2013.

2. Evaluación

El tema puede visualizarse desde distintas perspectivas:

a) Tradicionalmente, el veto ha sido entrevisto como una facultad inherente o privativa del Poder Ejecutivo, discrecional por lo demás, y no justiciable. Ambos parámetros han entrado en crisis: el cupo de competencias privativas o inherentes exentas de control judicial de constitucionalidad se ha replegado drásticamente². Y lo discrecional, eso está claro, no debe ser arbitrario, de tal modo que también es revisable judicialmente.

b) De todos modos, el Poder Ejecutivo, al vetar un proyecto de ley (pues de eso se trata, como indica el art. 87 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: de un *proyecto*, no de una norma que ha completado su trámite de creación legislativa³), ejerce competencias de naturaleza legislativa, operando como colegislador. Y el veto puede sustentarse en razones de oportunidad y conveniencia, como de constitucionalidad.

c) Algunas constituciones, partiendo de esa doble eventual motivación de un veto, organizan distintos órganos para estudiar, y en su caso, superar, al veto: si los fundamentos fueron por oportunidad y conveniencia, el Congreso. Si por causas constitucionales, desestimadas por el Poder Legislativo, resuelve el

² Sobre el origen, apogeo y repliegue de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, remitimos al lector, con mayor extensión, a Néstor Pedro Sagüés, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 285 y sigs.

³ En el derecho consuetudinario argentino, a la ley aprobada por el poder legislativo se le otorga número (tal fue el caso de la aquí considerada, 4318), no obstante que no agotó el trámite legislativo y puede ser vetada. Sin embargo, en sentido estricto es una incorrección darle número de ley a algo que no es ley, sino proyecto de ley.

Poder Judicial o Tribunal o Sala Constitucional, según los casos⁴. Aquí es claro que el veto es parcialmente justiciable, en lo que hace a la inconstitucionalidad alegada por el Poder Ejecutivo, del proyecto de ley. Confiar la dilucidación de ese conflicto de constitucionalidad al Poder Judicial o Tribunal Constitucional implica una opción política asumida en tales Estados por el propio Poder constituyente, que programa así una suerte de control *preventivo* de constitucionalidad (antes que el proyecto de ley sea ley).

d) En países donde no está planeada esa doble vía, sino que de modo expreso habilitan solamente al Congreso para superar el veto (en ciertos casos, se habla de “resellar” a la norma en gestación), es ese Poder Legislativo —si se permite la analogía— el “juez natural” del aludido veto. Con los fundamentos del Poder Ejecutivo esgrimidos para destruir la ley en ciernes, el parlamento asumirá y sopesará tales observaciones, y las rechazará (mediante una mayoría calificada, generalmente), o las aceptará, ya de modo expreso, ya tácito (esto último, cuando pese a lograr la moción de rechazo del veto mayoría de votos, no reúne sin embargo los necesarios para configurar la mayoría reforzada que exige la Constitución para superar ese veto: por ejemplo, los dos tercios de los miembros presentes).

El sistema es un vestigio de la vieja doctrina del gobierno mixto, donde se combinan elementos monárquicos con otros

⁴ La constitución de Costa Rica, por ejemplo, dispone que el Poder Ejecutivo podrá objetar un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa “porque lo juzgue inconveniente o crea necesario hacerle reformas”, en cuyo caso el texto será reconsiderado por la Asamblea (arts. 126 y 127). Pero si el veto se funda en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa, el decreto legislativo será enviado a la Sala Constitucional, para que resuelva el diferendo dentro de los treinta días (art. 128).

democráticos y algunos aristocráticos. Si se evalúa el régimen en su globalidad, se apreciará que no siempre la simple mayoría del órgano representativo del pueblo (el Congreso), hará prevalecer su opinión. Así, en el caso federal argentino, o de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, la voluntad de uno (el jefe del poder Ejecutivo), puede bloquear el trámite de aprobación de un proyecto de ley (votado por la mayoría de los legisladores), con un decreto de veto. Acto seguido, para contrarrestar ese veto, no será suficiente la mayoría simple ni la absoluta de votos de cada cámara del Congreso nacional, o de la Legislatura de la ciudad autónoma, sino una especialmente reforzada, de los dos tercios de sus votos. Tales fórmulas son, obviamente, muy discutibles y no resultan iguales en todas las naciones; pero mientras estén vigentes, cabe respetarlas. Siempre queda a la comunidad la posibilidad, reforma constitucional mediante, de cambiarlas.

e) La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no dispone la intervención del Poder Judicial en ese trámite de gestación de una ley. Al respecto, el principio de *corrección funcional*, bien destacada por Konrad Hesse, exige que si la Constitución indica quién debe ejercitar una competencia, sea ese órgano, y no otro, quien la cumplimente⁵. En el caso del veto, los órganos programados por el constituyente porteño (también por el nacional argentino) son dos: la Legislatura y el Jefe de Gobierno. Pero la Constitución local sí contempla la actuación judicial, en el tramo posterior, *post legem*, de la evaluación de la constitucionalidad de la ley, una vez que ella concluyó su camino legisferante. En otras palabras: si no hay ley, no hay control judicial de constitucionalidad del probablemente futuro texto de una ley.

⁵ Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional. Selección*. trad. De Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 49/50.

f) Resultaría poco sensato, en efecto, admitir que ante un veto del poder ejecutivo, van a operar en simultáneo dos órganos diferentes: (i) el previsto por la Constitución (v. gr., la Legislatura), que podría consentirlo o superarlo, y (ii) el poder judicial, que podría descalificarlo. Esa interferencia judicial significaría, en el caso de consentimiento del veto por la Legislatura, que no obstante la voluntad de ella, expresa o tácita (v. gr., aceptándolo, al no superarlo), prevalecería la del Poder Judicial, si es que descalifica al veto por irrazonable.

g) Todo ello lleva a inadmitir el control judicial del mérito de los vetos, que es el tema que nos ocupa. Es la Legislatura quien debe fiscalizarlos, en particular sobre la ponderación de las razones de oportunidad, conveniencia o constitucionalidad esgrimidos por el Jefe de Gobierno para fundar el decreto de observación o veto. Y ello importa, en ese estadio de elaboración de la ley, una *political question*, no justiciable, atento el organigrama constitucional.

h) Claro está que si el veto es superado por la Legislatura, y el proyecto se convierte en ley, bien podría –después– el Poder Judicial verificar si ese trámite legisferante ha sido constitucionalmente correcto, a más de revisar la coincidencia de fondo de la ley con la constitución, y concluir que esa ley es inconstitucional, por motivos de forma o de fondo. El control de constitucionalidad, por cierto, es, conforme la doctrina cada vez más predominante, tanto de trámite como de contenido⁶. Pero si el veto es exitoso, no superado por el poder legislativo, el proyecto de ley fenece y no hay judicialmente material que controlar.

⁶ El problema había sido detectado por Hans Kelsen, cuando advertía que “la única razón para la validez de una ley, es que ha sido creada en la forma que la Constitución establece”. Ver Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, 3ª. ed., trad. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1969, p. 185.

i) En la ingeniería constitucional nacional argentina, la Constitución no autoriza al Poder Judicial a evaluar meros proyectos de ley⁷, y por ende, a dar por inválido un veto no superado por la Legislatura, con lo que el juez podría, eventualmente, transformar al proyecto abortado de ley, en ley vigente, obligando al Poder Ejecutivo a promulgarla y publicarla.

j) En otro orden paralelo de ideas, tampoco la Constitución autoriza que el Poder Judicial ingrese en el debate legislativo y por ejemplo, ante el rechazo por una mayoría de un proyecto de ley, descalifique el parecer de la misma, argumentando que su oposición fue arbitraria, absurda o irrazonable, y que por ello, la iniciativa debe darse por aprobada. Del mismo modo, no es viable que si un proyecto de ley es aprobado por una Sala del Congreso, aún por unanimidad, y luego rechazado por la otra cámara, la judicatura pueda meritar si tal desaprobación fue razonable o no. Ello implicaría hacer jugar a los tribunales como partes en el proceso legisferante, en el tramo pre-ley, un papel que la Constitución no le ha atribuido.

Lo dicho, naturalmente, puede tener resultados muy diferentes en naciones en las que, según su constitución, la magistratura constitucional ejerce roles preventivos de control de constitucionalidad, o donde dicha magistratura resuelve vetos presidenciales en determinadas circunstancias.

3. Un supuesto límite: el veto formalmente improcedente

El problema es mucho más dificultoso si el decreto portador del veto presidencial está viciado por indiscutibles defectos

⁷ Derivamos al lector a Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 5ª. ed., tercera reimpression con actualización, Buenos Aires, Astrea, 2015, t. 3, p. 92 y ss.

formales: v. gr., si es constitucionalmente tardío, o sea, si se articuló fuera del tiempo previsto por la constitución para que el Poder Ejecutivo observe al proyecto de ley; o si el veto carece de la firma del titular del Poder Ejecutivo, o del ministro que debería haberlo refrendado; o si se trata de un veto carente de fundamentos.

Pues bien: si el Poder Legislativo, no obstante tales gruesos defectos, atendió el veto, lo trató y no pudo superarlo; o también, si nunca lo considerara, las razones expuestas en el párrafo anterior conducen, de todos modos, a descartar el contralor judicial de ese veto con la secuela de que, si lo reputara inadmisibile, pudiera tener el tribunal del caso por aprobada y promulgada a la norma en gestación, disponiendo su publicación oficial, tal como lo dispuso la sentencia de primera instancia en el referido fallo “Rachid”.

Ello es así porque si una constitución (como la argentina nacional, o la local de la ciudad autónoma de Buenos Aires), no admite control jurisdiccional preventivo (o sea, que únicamente permite discutir la constitucionalidad de leyes, y no de proyectos de leyes, entre los cuales están las normas que no han concluido su periplo legislativo, en este caso a raíz del veto), la magistratura constitucional no está habilitada para ingresar en el terreno de gestación de algo que, a la postre, no fue ley.

4. Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión

Finalmente: supongamos, por vía de hipótesis, que un proyecto de ley procurara implementar en el ámbito nacional derechos humanos de fuente internacional, y que caducara a raíz de un veto. Ello habilitaría a un particular afectado por la frustración legislativa, a plantear judicialmente un reclamo en base a

un caso de *inconstitucionalidad* (también, de *inconvencionalidad*) por omisión, demandando el goce de un derecho que un convenio o declaración internacional le confiere, y que por inacción legislativa o ejecutiva no se ha instrumentado todavía en la esfera doméstica.

En tal hipótesis, una sentencia bien podría, en base al principio del efecto útil de los tratados (v. gr., art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica), hacer operar en concreto en el país al derecho de fuente internacional, como ha ocurrido, por ejemplo, con el caso del derecho a la rectificación o respuesta, también conocido como derecho de réplica⁸.

Otra situación, próxima al caso “Rachid” que comentamos, es la alegación de que el veto del Poder Ejecutivo, pudiese por su contenido vulnerar derechos humanos de fuente internacional, y que por ende, en virtud del *control de convencionalidad*, todos los órganos del Estado, incluidos los vinculados con la administración de justicia (en primer término, por ende, los jueces), estarían habilitados para reputar inválidos vetos “inconvencionales”.

Esta tesis es sagaz, pero no concluyente. El control de convencionalidad, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe en efecto ser ejercitado por muchos órganos del Estado, pero “en el marco de sus respectivas competencias, y de las regulaciones procesales correspondientes” (v. gr., caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, párrafo 69). En el tema y

⁸ Sobre el criterio admisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertido en la Opinión Consultiva 7/86, en el sentido de ejercitar el derecho de rectificación o respuesta por vía de una sentencia, por más que no hubiera ley reglamentaria, y su recepción por la jurisprudencia argentina, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, *Censura judicial y derecho de réplica*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 130 y sigts.

caso que tratamos, el órgano constitucionalmente programado para expedirse sobre el veto, antes que la ley sea formalmente tal y haya concluido su periplo gestatorio, es el Poder Legislativo, y no, concurrentemente con el mismo, el Judicial. La judicatura, allí, carece pues de competencia sobre el tema.

4. Conclusiones

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiene un origen político y pragmático, no siempre coherente ni uniforme. Ha evolucionado con el transcurso del tiempo, y en ciertos terrenos, parece tender a disiparse.

La transformación —que en algunas situaciones, repetimos, puede ser de crisis terminal— de dicha teoría, obliga a replantear críticamente las facultades de los tribunales constitucionales en el juzgamiento de los actos de gobierno. Aún cuando la erosión —y, en ciertos casos, derrumbe— de la vieja doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, sea un hecho, en aras de sustentar el principio del equilibrio y división de los poderes, es necesario repensar y subrayar ciertos patrones básicos de contención de la *judicial review*, a fin de tornarla sensata y funcionalmente operativa. Por ejemplo, en materia de los vetos presidenciales.

Lo dicho no impide repensar las fórmulas constitucionales vigentes, introduciendo quizá controles de la magistratura constitucional en materia de vetos, aunque tal actitud admisoria debe ser cauta y calculadora de los riesgos de tal intervención.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
<i>por Dr. Guillermo Félix Díaz</i>	
EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN HANS Kelsen	13
<i>por Dr. Robert Alexy</i>	
LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA COMO POLÍTICA DE LARGO PLAZO	49
<i>por Dr. Alberto M. Binder</i>	
ABORTO REFLEXIONES	109
<i>Por Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci</i>	
LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL: EL DESAFÍO DE ABREVIAR Y DETALLAR AL MISMO TIEMPO	181
<i>por Dr. Eduardo Oteiza</i>	
LA JUDICIALIZACIÓN DEL VETO DEL PODER EJECUTIVO SOBRE PROYECTOS DE LEY	203
<i>por Dr. Néstor Pedro Sagüés</i>	

Este libro se terminó de
imprimir en Mayo de 2017,
con una tirada de 500 ejemplares,
al cuidado de María Eugenia Carante
en los talleres de CARTOON Industria Gráfica