

## **Debido Proceso y Herramientas Populares para el Acceso a la Justicia en relación a situaciones en las que se encuentran en juego Derechos Humanos y de Orden Público. Una aproximación popular al debate.**

El debido proceso es un concepto ideal, abstracto, el cual debe ser adecuado a los diferentes escenarios posibles frente a los que se encuentra el juez, determinando que existan la menor serie de elementos posibles que lo afecten en cada caso concreto, del orden de prelación de las leyes y la sana crítica se deben establecer elementos suficientes para que la relación entre debido proceso y derechos sea propiamente justa.

Entonces el debido proceso va a estar determinado por los actos útiles que se desarrollen en pos de la protección jurídica de los derechos humanos que en cada caso puedan verse afectados, para ello es necesario que los agentes judiciales se “erijan como garantes” de tales derechos<sup>1</sup> y no como meros espectadores<sup>2</sup>.

Los especialistas seguramente dirán algo así como: ni bien el juez tome participación activa en el desarrollo del proceso corre el riesgo de cometer prevaricato, por lo tanto es preciso que se atenga al rigor ritual y que sean los abogados de las partes quienes velen por la protección de tales derechos. A lo que es necesario responder: **si el juez hace respetar los derechos humanos, todas las partes se van a ver beneficiadas, porque los derechos humanos tienen un interés público que está por encima de los intereses de los privados<sup>3</sup>, incluso por encima de los intereses de los agentes judiciales** claro está/ría.

Ahora bien, habiendo entrado en terreno dividido se hace preciso hacer un recorrido normativo simple en relación al concepto de debido proceso, por lo menos desde la perspectiva aquí planteada (estrictamente popular), primeramente hay que referirse al artículo 14 de la Constitución Argentina, cuando otorga a todo ciudadano el derecho a petionar, luego el artículo 18 (inviolabilidad de la defensa), en favor del 14 tenemos al 28 que nos dice que los principios y garantías no de la CN no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (inconstitucionalidad del patrocinio letrado obligatorio en las causas propias en las que se vean afectados de derechos humanos) y por supuesto al 33 los derechos constitucionales enumerados no niegan otros derechos soberanos. (esta enunciación obedece meramente a los fines “populares” del presente artículo)

Así Couture nos dice sobre el derecho a petionar: “La violación de este derecho se consuma cuando se niega al individuo su posibilidad material de hacer llegar las peticiones a la autoridad, ya sea resistiéndose a admitir las peticiones escritas, ya sea rechazándolas *in limine* y sin examen alguno, ya sea dejándolas indefinidamente sin respuesta.”<sup>4</sup>

Ningún pobre va a negar que existe una justicia para pobres y otra para quienes puedan pagar por

---

1 <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos38773.pdf> “causa n° 104.405, caratulada: "G.R., S.A.L. P.S.H.M. V.S.G.R. EN J° 510/10/6F/35.838 DYNAF SOLICITA MEDIDA CONEXA S/ INC.” Voto del Dr. Palermo Pág 12: “...cuando se advierten comprometidos derechos fundamentales de niños involucrados en la causa, como seres más vulnerables del conflicto, el Poder Judicial se erige no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo en la protección de los mismos.”

2 <http://www.losandes.com.ar/articulo/corte-que-el-chico-decida-con-cual-de-sus-padres-quiere-vivir> Ver donde dice: “frente a la mirada atónita de jueces y asesoras de menores”, una verdadera vergüenza a mi entender.

3 Op cit 1 “la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño” (CSJN, 13/03/2007, "A.F.")

4 Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4° edición 2007 Editorial B de F, pág. 63 (Ver título completo desde pág 61)

ella, y esto es a tal punto que aún contando con recursos internos que permitirían a los agentes judiciales comprender mejor y hasta completamente el contenido de las peticiones, éstas no son atendidas si no se ha pagado por su análisis judicial, ya sea contratando un abogado o esperando siglos para ser atendido por uno público a quien poco le interesan los recursos internos con los que dispongan los ciudadanos mas que la forma típica de encausar las peticiones.

**La falta de patrocinio frente a las peticiones sobre derechos humanos o de orden público, no puede condicionar el debido proceso al punto de volver inalcanzable el objetivo judicial**, que es el reconocimiento y respeto de los derechos, y el arbitrio para ello en los casos en los que sea necesario debe existir al menos como posibilidad, para eso concretamente es necesario un proceso, aunque sea germinal.

Frente a una petición carente de sentido jurídico, el juez debe esbozar un argumento que sustente esa carencia, haciendo efectivo el derecho a peticionar. Pero frente a una petición con sentido jurídico, el juez no puede dejar de observar la relación sucinta y no dar lugar a un proceso de esclarecimiento y en tal caso reparación.

**La falta de proceso por falta de patrocinio resulta mas perjudicial, al debido proceso, que la falta de patrocinio existiendo un proceso.** Este debe ser posible a partir de los datos objetivos de las presentaciones huérfanas, y en relación a ello determinar la necesidad o no del patrocinio obligatorio en cualquier momento del proceso y no a priori. Prevalciendo el principio pro hombre en un sentido material y formal.

Para ejemplificar que el patrocinio letrado obligatorio como garantía mínima para el debido proceso es idealista, arbitrario, y poco objetivo, puede comparársele con una ley que obligue a que todos los diseños de logos, panfletos, etc. deban estar diseñados por profesionales idóneos matriculados (diseñadores y afines), sería una ley absurda ya que la comunicación visual está más ligada a los procesos y relaciones sociales que a estructuras estandarizables, diríamos che, por qué si yo quiero dibujar un cartel para un club o el negocio de mis amigos tengo que pagarle a alguien para que lo firme. En tal caso serán los observadores quienes juzguen la idoneidad, y a partir de los resultados habrá que decidir si es necesario o no contratar a alguien (sea matriculado o no).

En el caso de la justicia, los observadores deben ser los jueces, y deben observar según criterios racionales, razonables, y humanos, cumpliendo con un rol activo en función de los intereses sociales que subyacen en todo proceso judicial, **las actitudes procesales de los jueces condicionan fuertemente los patrones conductuales de la sociedad, como referencias en relación a los límites reales de las acciones cotidianas, sus posibles consecuencias jurídicas y la efectividad de las mismas en la realidad**<sup>5</sup>.

La realidad indica que el derecho se ejerce de la manera en la que los jueces determinan y no siempre es como manda la constitución y las leyes, sino mas bien son sus propios mandatos sociales e ideológicos los que modelan esas formas, para ello se valen de un consenso general por parte de los abogados en sus distintos cargos que hacen efectivos dichos mandatos.

No existen parámetros materiales suficientes para obligar a una persona a ser representada ante la autoridad cual fuera para poder ejercer su derecho a peticionar/accionar. En el caso de un maestro mayor de obras, un arquitecto o ingeniero, casos en los que existen valoraciones científicas absolutas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de ejercer un rol en la organización social, es

---

5 ¿Cuántas mujeres mueren en manos de sus parejas o ex parejas aún cuando los jueces han dictado muchísimas medidas de protección? Muchas veces (casi siempre) los agresores saben que estas medidas son insuficientes, por lo tanto terminan siendo mas perjudiciales que otra cosa para las víctimas, dando “motivos” a los agresores para emprender escaladas de violencia cada vez peores, llegando al femicidio.

claramente distinto, y en ese caso un médico es un ejemplo entendible para comparar con un ingeniero o un arquitecto, maestra mayor con enfermera, etc. a los abogados puede comparárseles con los diseñadores, con la ayuda de ellos puede comprenderse el modo de expresar ya sea un mensaje visual como un reclamo judicial, pero no son imprescindibles.

En lo judicial los límites están dados por la capacidad de comunicar la relación circunstanciada y probar un interés legítimo, y a partir de allí comenzar una intervención judicial efectiva. **Estamos hablando de derechos humanos y por lo tanto los jueces no pueden desentenderse de las implicancias de no resolver por fallas procesales.**

No se puede equiparar un reclamo en relación a una cosa con un reclamo personal, esa equiparación del derecho privado tradicional (en la práctica) resulta horrorosa en todas sus dimensiones, las personas y los derechos personalísimos se vuelven objetos del proceso, y no sujetos de derechos, involucrados activamente en él. Comparar un proceso por medidas relativas a las visitas filioparentales, con un embargo de bienes o un desalojo<sup>6</sup>, es inhumano y alienante.

Lo mismo pasa con los derechos de las víctimas en los casos de violencia de género, **los jueces y equipos interdisciplinarios no contemplan las situaciones particulares, sino que generalizan, por lo tanto es imposible tener en cuenta las dimensiones de cada caso particular, entendiendo que existen al menos tres estadios en el iceberg de la violencia machista**, impidiendo de esa forma una participación activa y efectiva de los distintos efectores que puedan estar involucrados (desde docentes y médicos a jueces, fiscales, auxiliares y un largo etcétera).

El elemento humano debe ser el regente, cualquier padre puede presentar un escrito en relación a la responsabilidad parental con sus hijos, pero no cualquier litigante puede presentar un escrito si no llega a comprender la relación sucinta de manera clara y objetiva, y si lo que reclama no configura una situación de orden público, entonces necesitará patrocinio, existen muchas ramas y situaciones que requieren de patrocinio para asegurar el debido proceso, no es el caso de los reclamos sobre derechos humanos.

Ahora bien, ¿con qué herramientas contamos los ciudadanos para hacer valer nuestro derecho a peticionar jurídicamente? Esa respuesta vamos a dejarla en su completa dimensión a los críticos y/o quienes aporten a arrojar luz sobre lo aquí planteado, por el momento aquí se va a plantear y fundamentar una sola de las posibles herramientas, aquella que configura la ultima ratio en el proceso de petición/es, esa herramienta es al “habeas corpus”. Se dejará abierta la discusión sobre si se trata de un habeas corpus propiamente dicho o si se trata de una acción de amparo. Me inclino por el habeas corpus como herramienta de control de convencionalidad.

Sagües dice: “...el hábeas corpus se perfila como el padre del derecho procesal constitucional. En efecto, cronológicamente es el primero de los procesos constitucionales y el destinado a tutelar uno de los más importantes derechos, como es la libertad física y ambulatoria, derecho por cierto fundante, en el sentido que posibilita la realización de los demás”<sup>7</sup>

Entonces, en una formulación inversa (y complementaria) vamos a decir: **cada vez que se vea imposibilitada la realización de un derecho va a estar siendo afectada la libertad**, en todo caso

---

6 Una vez en una fiscalía, me denegaron el pedido de cese de los efectos del delito en un caso de impedimento de contacto (L24270 régimen de visitas provisorio), mencionando jurisprudencia sobre una solicitud de cese en un caso por desalojo.

7

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/bloquex/El%20Habeas%20Corpus%20en%20el%20SIDH.%20Nestor%20Sag%C3%BC%C3%A9s.pdf> EL HABEAS CORPUS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Sagüés, Néstor Pedro Pág 1.

la libertad de ejercerlo. Un claro ejemplo es el siguiente: una mujer víctima de violencia, cansada de pedir medidas de protección (botón anti pánico incluido), decide mudarse de provincia o país con el fin de no volver a ser violentada, claramente deja atrás a sus afectos, trabajo, etc. su libertad está siendo claramente afectada por la falta de cumplimiento de los deberes del poder público (art 2° inc c. y art 3° inc c y g de la convención de Belem do Pará).

Está claro que no siempre es necesario que la limitación de la libertad deba ser el resultado de la intervención positiva de los jueces, agentes públicos o terceros, el artículo 3 de la ley 23.098 habla de acción u omisión y el inciso 1° habla de limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria.

Ahora, ¿puede una mujer víctima de violencia acudir al instituto del habeas corpus antes de haber intentado otros remedios? En teoría sí, aunque no se trataría de un HC propiamente dicho, ya que claro está que cualquier juez es competente para dictar medidas de protección en estos casos<sup>8</sup>, sin embargo, el recurso aquí planteado es un tanto más complejo, para su procedencia y efectividad es necesario haber intentado obtener la protección del poder público sin resultados, o sea, puede presentar un primer recurso para exigir la protección inmediata, sin embargo este es una herramienta efectiva cuando se ha convertido en la ultima ratio material ante la falta de protección por parte del estado.

Así, frente a la constante revictimización producto de la impericia del poder público, la resolución definitiva de un HC en estos casos debiera dotar de elementos fácticos que permitan terminar con las situaciones que lo han motivado (Art 7° Belem do Pará).

En relación al habeas corpus como herramienta reparadora y de control de convencionalidad en situaciones en las que se vean afectadas la relación entre padres/madres e hijos/as y para no hacer más extenso aún el presente trabajo, nos vamos a remitir al nuevo código civil que reconoce *prima facie*, la custodia compartida de los hijos, reconoce el derecho de los niños niñas y adolescentes a mantener un contacto fluido con ambos progenitores, e incorpora el principio de autonomía progresiva de los mismos, de lo que surge la siguiente fórmula: **si ambos progenitores son igualmente responsables de asegurar los derechos también son igualmente responsables de la limitación legítima de la libertad** (autonomía progresiva). Por lo que: **ante el monopolio ilegítimo en relación a los cuidados personales y la falta de contacto frecuente que no ha sido debidamente fundada<sup>9</sup>, es también procedente la acción de Habeas Corpus.**

---

8 Se hace necesario mencionar a la Dra. Carolina Jacky ya que ella es quien más incapié ha hecho en este sentido, innumerable cantidad de veces ha dicho (y probablemente siga diciendo) que cualquier juez es competente para dictar medidas urgentes a las luces de los instrumentos tanto nacionales como internacionales.

9 Artículo 9 Convención sobre los Derechos del Niño: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.