

EL CASO "PORTILLO" Y LA CREACIÓN JUDICIAL DE EXCEPCIONES NO PREVISTAS EN LA LEY

FRANCISCO JAVIER ROMANO

Lo primero que nos llama la atención de este fallo es que presenta una serie de similitudes con el caso "Sejean" (CSJN, 27/11/86, LL, 1986-E-648):

a) En ambos casos se da la misma forma de votar: Fayt, Petracchi, Bacqué (mayoría) y Severo Caballero, Belluscio (minoría). Algunos de los argumentos y contraargumentos esgrimidos son iguales.

b) En "Sejean" el fundamento viene dado por el juego del derecho de casarse (art. 20) y el art. 19 de la Const. Nacional. En "Portillo" se combina la libertad religiosa y de conciencia con el art. 19 de la Const. Nacional.

c) En ambos casos se modifica una jurisprudencia más que centenaria.

d) En ambos casos se indica al Congreso lo que debe hacer. Existe pues una variación en el rol asumido tradicionalmente por la Corte Suprema. No se autoinhibe de resolver, sino que da una solución. Provisoriamente, la Corte crea la ley.

Pero existen también varias diferencias entre ambos pronunciamientos. La primera que señalaremos es que mientras en "Sejean" se declara la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393, en "Portillo" se crea una excepción no prevista por la ley.

En efecto, ante la objeción de conciencia planteada, la Corte tenía varios caminos:

1) Desecharla, fundamentalmente por aplicación de dos principios: carácter relativo del ejercicio de derechos, prin-

cipios y garantías constitucionales y carácter de orden público del deber de armarse en defensa de la Nación -art. 21, Const. Nacional-. (Así, dictamen del Procurador General y voto concordante de Belluscio; disidencia de Severo Caballero.)

2) Declarar la inconstitucionalidad del art. 44 de la ley 17.531.

3) Crear una excepción no prevista por la ley, excepción que podría darse:

- I. Por objeción religiosa.
- II. Por objeción de conciencia.
 - A. En tiempos de paz.
 - B. En tiempos de guerra.

Y en cuanto a su acreditación:

- a. Necesidad en todos los casos de "acabada acreditación y escrutinio".
- b. Presunción *iuris tantum* de sinceridad de la objeción.

La excepción creada por la Corte Suprema comprende los puntos I y II y entre las siguientes alternativas opta por A y b.

Es importante destacar que la mayoría parte de la libertad religiosa (ver consid. 5° *in fine* y 8°), para luego sostener que la protección debe extenderse a la libertad de conciencia. Caso contrario, se daría el "contrasentido de proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia, y no atender a este último como objeto de protección en sí mismo".

Como lo señala Severo Caballero, Portillo invocó ante la Cámara principios de la religión católica y ante la Corte la libertad personal. La Corte tuvo en cuenta ambas libertades del art. 14 de la Constitución y, por lo tanto, no vio en el recurrente "antes que nada a un objetor de conciencia" (según expresión de Oyhanarte en *La Nación*, 5/5/89).

La mayoría no se hizo cargo de que la religión católica no prohíbe ni descalifica el uso de las armas cuando media la defensa del país o existe guerra justa. Si lo advierte el presidente de la Corte (ver consid. 17; comunicado de los Abogados Católicos, *La Nación*, 29/4/89 y cita de palabras del Papa en Carta de lectores, *La Nación*, 30/4/89).

La opción por la alternativa A aparece clara: "Distinta sería la solución si el país y sus instituciones se encontraran en una circunstancia bélica".

En cuanto a la tercera alternativa, la mayoría primeramente habla de la necesidad de una acabada acreditación y escrutinio de las objeciones de conciencia, pero luego acoge la posibilidad b: "La sinceridad del peticionario no ha sido puesta en tela de juicio en los autos ni resulta controvertida en esta instancia, por lo cual corresponde tenerla por acreditada".

Este punto es sumamente importante para anticipar el efecto paradigmático del pronunciamiento. En un país con un elevadísimo porcentaje de católicos, podría también resultar elevadísimo el número de "objectores". De ser así, es muy probable que la jurisprudencia tome las palabras de Severo Caballero, quien advierte que la Corte norteamericana ha establecido condiciones estrictas para admitir la objeción de conciencia, "debiendo el peticionario demostrar que tiene clara conciencia de su oposición a cualquier forma de guerra, que su oposición está basada en una práctica religiosa, moral o ética mantenida con la fuerza de convicciones religiosas tradicionales, y que su objeción es sincera". Añade después: "Todo esto no se ha probado en el caso".

Ahora bien, ¿por qué ha creado la Corte esta excepción?

Cuando Carlos Cossio intenta "averiguar cómo obliga la ley al juez, es decir, que obstáculo pone la ley al arbitrio caprichoso del juez para que no desaparezcan el orden y la seguridad legales", encuentra la "vivencia de contradicción". "Mi arbitrio pone en el sustrato un sentido diferente de aquél que mi conciencia comprende como el sentido propio del sustrato" (*El derecho en el derecho judicial*, p. 132).

A poco que se reflexione surge que tal vivencia puede jugar justamente en sentido contrario: aplicar la ley tal como está, violenta mi conciencia. Entonces, la ajusto convenientemente —mediante una excepción que se aplique al caso—.

Lo que la mayoría ha encontrado en la ley es una laguna axiológica. A su juicio, el legislador no pudo haber previsto el caso de una disyuntiva tal entre creencias y cumplimiento de una carga pública, o en otras palabras, no tomó como relevante esta circunstancia, que desde la óptica valorativa lo es.

Al hablar de la interpretación restrictiva de excepción, Alf Ross dice que "es difícil dar ejemplos claros de este tipo de interpretación pues normalmente los tribunales no están dispuestos a admitir en forma abierta que están restringiendo la esfera de actuación de la ley... El juez atribuye cor-

tesmente a la voluntad real o hipotética del legislador, todo aquello que él considera correcto" (*Sobre el derecho y la justicia*, p. 143).

Véase este párrafo de la sentencia: "es irrelevante que la ley 17.531 no prevea expresamente las motivaciones religiosas como causal de excepción al servicio militar, dado que los derechos individuales... deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren o no incorporados a la legislación". Si es así, ¿por qué se dice al principio del mismo considerando que la solución global de estos problemas pasa por la decisión del legislador?

La mayoría afirma que existe un delicado equilibrio entre libertad y seguridad. La tensión planteada entre libertad de creencias -relativa- y el deber impuesto por el art. 21 -también relativo- debe superarse a través de una interpretación armónica, que coordine el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad. En ningún momento se habla de orden público.

Puestos ambos artículos a la misma altura, se evalúa el interés del Estado a los fines de la defensa prevista en el art. 21 y se manifiesta que tales propósitos podrían ser satisfechos de manera tal que se evite el conflicto.

La libertad de conciencia se relaciona con el art. 19. Una vez más se da sentido amplio a la esfera de las acciones privadas, que debe protegerse a toda costa de lo que se considera "violencia estatal al fuero interno". Es la misma idea que se pone de manifiesto en "Bazterrica" y "Sejean".

Éstos son los fundamentos de la sentencia, y no la constitución *Gaudium et Spes*, como se ha pretendido, que sólo se cita "a mayor abundamiento" (ver Oyhanarte, *La Nación*, 5/5/89).

La valoración del Procurador y la minoría es muy distinta. Para el primero la elección es clara: frente a los derechos individuales están los intereses del Estado -orden público, intereses de la sociedad toda y protección de la existencia y legítimos derechos de la Nación misma-.

El doctor Severo Caballero afirma que la reglamentación de los derechos puede provenir de la ley o de la misma Constitución. Tal el caso del art. 21. Negarse a la convocatoria al servicio militar no es acción privada de los hombres, por el contrario, afecta al orden público argentino y al bien común de la sociedad (la misma inteligencia del art. 19 manifestada en "Bazterrica" y "Sejean"). Las instituciones

que hacen a la estructura básica del Estado exigen que se aseguren valores más importantes, lo que no puede lograrse sino a costa de sacrificios y limitaciones a derechos o intereses individuales.

Podemos afirmar que existe entre mayoría y minoría una concepción distinta del valor libertad. En forma coherente con su postura, la segunda no encuentra laguna axiológica en la ley. Esta debe ser aplicada y los jueces no pueden establecer excepciones que ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo Nacional han entendido conveniente admitir, sin invadir sus esferas correspondientes.

Esto nos pone frente a otro delicado equilibrio. ¿Se extralimitó la Corte en sus funciones? La mayoría insiste en que se ha respetado la división de poderes: aquí la solución individual, allí la solución global. Por muy atendible que resulte el argumento, una cosa aparece clara. La lectura que a partir del fallo se haga del art. 44 de la ley 17.531 ya no será la misma. Será el artículo más "Portillo"; al elenco de excepciones legales habrá que agregarle una más: la posibilidad de que en tiempos de paz el servicio militar sea prestado sin armas, con base en objeción religiosa o de conciencia.

Hablábamos de las similitudes con el caso "Sejean". Allí la Corte también avanza, con un fallo que es discutible, pero lo hace ante un requerimiento concreto y casi podríamos decir urgente en la sociedad. Por otra parte, ya contaba con media sanción el proyecto de ley de divorcio.

Aquí nos quedamos con muchas dudas. La puerta que se ha abierto parece demasiado ancha. Nadie quiere una Corte que se autoinhiba constantemente, ni jueces que apliquen la ley como autómatas. Esta Corte ha demostrado en repetidas ocasiones su compromiso con la sociedad. Pero si como se ha dicho, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última ratio del orden jurídico, la creación de excepciones debe ser última ratio del pronunciamiento judicial. Sólo debería apelarse a ella ante circunstancias particularmente graves, y cuando exista en el intérprete la convicción de que los valores que le sirven de base son compartidos por toda la sociedad.