

## Los “swingers”. Sus derechos a expresarse, a trabajar y a asociarse. Jurisprudencia nacional y extranjera\*

Por Graciela Medina e Ianina Lucca

### 1. Introducción

El objeto del presente trabajo es hacer un análisis de cómo la jurisprudencia ha solucionado los diversos problemas que surgieron relacionados con las personas o asociaciones *swingers*. El análisis jurisprudencial es importante, ya que en diversos ordenamientos jurídicos faltan soluciones legales expresas aplicables a estos casos. Por lo tanto, ante el vacío legal específico al que se enfrentan las controversias de esta índole, la jurisprudencia marca la senda de interpretación de las lagunas jurídicas.

Creemos necesario partir de un análisis del concepto de *swinger*, sus fines y forma de vida a fin de brindar las herramientas suficientes para interpretar los casos de la jurisprudencia argentina y estadounidense.

En segundo lugar, estudiaremos un caso que versa sobre la relación entre el derecho de libre expresión de los *swingers* por medio de sus revistas y los apremiantes intereses del Estado.

En tercer lugar, analizaremos un caso de la jurisprudencia estadounidense referida a la discriminación laboral y el tratamiento penal de una persona *swinger*.

Por último, profundizaremos el estudio sobre un controvertido caso argentino en donde se denegó la personería jurídica a la Asociación Argentina de Swingers, tanto en sede administrativa (Inspección General de Justicia) como judicial<sup>1</sup>.

### 2. Concepto de “swinger”

Definiciones sobre el término “*swinger*” existen muchas. Algunas de ellas se refieren exclusivamente al aspecto sexual, destacando que es *swinger* quien mantiene relaciones sexuales con muchas personas. Otras, más desarrolladas, opinan que es una alternativa que se otorga a las parejas casadas y que se caracteriza por comprometer actividad sexual poligámica, pero con compromiso y monogamia emocional dentro de la pareja<sup>2</sup>. Esta última definición está circunscripta al ámbito conyugal.

Una gran proporción de quienes adoptan este estilo de vida en Estados Unidos de América son parejas con varios años de casados, entre los treinta y cincuenta

---

\* Artículo publicado en el sitio web: <http://www.gracielamedina.com>.

[Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Ver Medina, Graciela y otros, *La negativa de la personería jurídica de los “swingers”. Un fallo trascendente y dos opiniones diferentes.*

<sup>2</sup> Bergstrand, Curtis - Bleviss Williams, Jennifer, *Today's alternative marriage styles: The case of swingers*, Electronic Journal of Human Sexuality, en <http://www.ejhs.org/volume3/swing/body.htm>, 20/02/04.

años de edad. En Argentina, las edades y estado civil son similares. Pero es importante destacar que incluso parejas no casadas pueden practicar este estilo de vida.

Según la Asociación Argentina de Swingers, en el art. 2° de su estatuto, establece que los *swingers* fomentan una “propuesta alternativa en materia sexual y cultural en la estructura matrimonial y de parejas”, lo que implica “una visión progresista y pluralista de los vínculos afectivos e íntimos, fomentando el intercambio responsable de experiencias, entre ellas las sexuales”.

Asimismo, explican que lo que ellos propugnan es una “opción para la pareja, priorizando los valores familiares” y que a través de la adopción de este estilo de vida se pueden encontrar numerosas ventajas dentro de las institucionales familiares y matrimoniales, ya que ayudan a prevenir crisis de distinta índole. Además del aspecto sexual, la Asociación tiene planificado realizar otras actividades complementarias de calidad diversa.

La Asociación Argentina de Swingers realiza diversas actividades que pueden observarse en su página de Internet<sup>3</sup>, recomendaciones para quienes practican este estilo de vida, etcétera. Asimismo, tiene una revista cuyo contenido es principalmente sexual. En Estados Unidos de América también existen diversas revistas de *swingers* cuyo contenido es similar a las argentinas.

Las revistas son un medio a través del cual estas personas pueden expresarse libremente. En Estados Unidos de América el anonimato de quienes practican este estilo de vida es un valor fundamental, ya que la sociedad discrimina a quienes adoptan el estilo de vida *swinger*. Por esta razón, en gran cantidad de revistas la identidad de quienes publican está reservada.

En la revista se puede observar una nota que da recomendaciones y consejos sobre el comportamiento *swinger* y que es lo que debe realizarse. Divide los consejos entre reglas preencuentros, encuentro y post encuentros. Como ejemplo en la nota se afirma que las reglas del encuentro son “los dueños de casa la tienen que pasar lo mejor posible... Llevar sus propios adminículos... No gritar ni hacer ruidos que puedan molestar a los vecinos... fíjese si alguien quedó un poco aislado y trate de integrarlo... Siempre use profiláctico. Si no lo hace se pueden enojar mucho con usted y será altamente discriminado. Cámbieselo. Si va a establecer un contacto nuevo. No lo tire en el inodoro. Excepto que le haga un nudo, caso contrario tapaná el mismo... Desvístase como corresponde. No hay nada más ridículo que un hombre desnudo con las medias puestas (imagínesele a Tarzán)... No se tire a dormir en el medio de la cama cuando otros podrían usarla para algo más productivo... Nadie se va a enojar porque usted esté con la pareja, pero si se puede enojar si no está... Cuando alguien pone la casa los demás llevan la bebida. Trate de averiguar que toman los demás”.

Algunas de las reglas post encuentro son “nunca invitar a uno solo de los cónyuges. Las consecuencias serían catastróficas”.

Entre las condiciones generales encontramos la siguiente: “cada persona ofrece a su propia pareja, haga usted lo mismo. Alguien dijo una vez que las reglas se

---

<sup>3</sup> <http://www.entrenos.com.ar>

crearon para romperlas y puede que así sea, pero el cumplimiento de estas harán casi seguramente que usted sea un buen *swinger*"<sup>4</sup>.

### 3. Los “swingers” y la libertad de expresión. Jurisprudencia norteamericana

La Corte de Apelaciones del Sexto Circuito en el caso “Connection Distribution Co. v. The Honorable Janet Reno” (1998) confirma el fallo apelado en el cual se deniega el otorgamiento de una *injunction*. La actora había interpuesto una acción con el fin de solicitar la inconstitucionalidad de la ley de protección infantil y obscenidad a la luz del derecho a la libre expresión y libre asociación consagrado en la Constitución nacional. Este planteo había sido denegado, declarando la constitucionalidad de esta ley.

La ley fue cuestionada porque una sección de ella obligaba a los productores a mantener un registro sobre las publicaciones de *depictions* visual con contenido sexual explícito. El registro que debían llevar debía incluir nombre y fecha de nacimiento de quienes estaban en la *depictions*. Este registro podía ser revisado solamente por el gobierno, con el fin de luchar en contra de la pornografía infantil. Si bien Connection no llevaba este registro antes de la promulgación de esta ley, siempre llevó un control sobre la edad de las personas, ya que no aceptaba la publicación de avisos de menores.

Connection era una empresa que se dedicaba a la publicación y distribución de varias revistas *swingers* en donde, entre otras cosas, se publicaban avisos de distintas personas. Estos avisos algunas veces eran sexualmente explícitos, con fotos y explicaciones sobre los gustos sexuales de los individuos que colocaban los mensajes. Asimismo, Connection proporcionaba un medio de conexión entre quienes publicaban los avisos y quienes respondían a los mismos. La promulgación de esta ley, según la gerente, había causado una reacción negativa por parte del mercado, ya que los usuarios de estos servicios no tenían intención de develar información personal por la discriminación que este grupo sufre. Por lo tanto, el anonimato es un valorpreciado de ellos. Si bien la Corte Suprema reconoció el derecho al anonimato<sup>5</sup>, en las presentes circunstancias solamente el gobierno tendría legitimación como para revisar los registros, no dando lugar a ninguna discriminación por parte de la sociedad. Además, estas mismas personas son quienes se exponen constantemente a la pérdida del anonimato al publicar sus fotos (en donde algunas veces se los puede reconocer) o cuando dejan formas de contactarse con quien dejó mensajes, por lo que no podrían argumentar que el anonimato es un bien tanpreciado.

Antes de entrar a considerar el fondo del fallo es necesario realizar algunas consideraciones sobre el derecho a la libertad de expresión en Estados Unidos de América. Si bien se reconoce que ningún derecho es absoluto (al igual que en la mayoría de los países) los límites a este derecho son distintos a los límites impues-

---

<sup>4</sup> Ver condiciones generales, “Revista Swinger”. Publicada en <http://www.entrenos.com.ar/revista/nota.php?id=34>, 20/02/04.

<sup>5</sup> “McIntyre v. Ohio elections Comm’n”, 514 US 334 (1995).

tos en otros países o convenciones internacionales<sup>6</sup>. La protección dada a este derecho en los Estados Unidos de América es extraordinaria.

El principal problema de interpretación en esta cuestión es la falta de consenso sobre una determinada teoría relativa a la importancia de este derecho. Nosotros adoptamos la teoría de Tom Emerson, quien afirma que “la expresión libre se protege no solamente porque es vital para el buen funcionamiento de las instituciones democráticas, sino porque la autoexpresión es un componente esencial de la dignidad humana”<sup>7</sup>.

En 1920 los jueces Holmes y Brandeis regularon los preceptos básicos sobre los cuales la libertad de expresión funciona en la actualidad. En primer lugar, el gobierno no puede censurar una expresión porque no la comparte. En segundo lugar, para censurar determinada expresión el gobierno debe demostrar un interés apremiante. Cualquier otro interés de menor grado no es suficiente para limitar la expresión. Para determinar si este interés existe debe realizarse un balance entre el interés del gobierno, en el caso y el interés en mantener el derecho a la libre expresión. Siempre que este interés sea mayor se argumenta que sobrevivió al control de balance. En tercer lugar, la conexión entre la expresión y el daño que debe causar (para que la limitación proceda) debe ser muy estrecha.

Por último, el gobierno debe usar el medio menos restrictivo de los disponibles para regular la expresión.

En el presente caso, el escrutinio que debe realizarse es de nivel medio por la naturaleza de la limitación (limitación sobre una expresión de contenido neutral). Para que sea considerada de contenido neutral debe cumplir cuatro requisitos, a saber: a) la limitación debe aplicarse independientemente de su contenido; b) debe tener una relación muy estrecha; c) debe ser de un interés gubernamental significativo, y d) debe dejar abiertos medios de comunicación alternativos.

La Corte Suprema de Estados Unidos de América sostuvo que “los materiales no obscenos y sexualmente explícitos que involucran a personas mayores de diecisiete años están protegidos por la Primera Enmienda”<sup>8</sup>. Por lo tanto, siempre que las publicaciones realizadas por Connection cumplan con los requisitos establecidos por la Corte Suprema, tales como la edad, están protegidas por la libertad de expresión. La pornografía infantil, en cambio, no está protegida por la Primera Enmienda. El interés del Estado de proteger a los niños del mal de la pornografía infantil es un interés apremiante e importante del Estado. La cuestión a resolver en el caso era si la ley que protegía a la infancia era una limitación constitucional o inconstitucional de la libertad de expresión.

La ley responde al interés del gobierno de evitar la pornografía infantil y no está encaminada a limitar el ejercicio de la libre expresión protegido en la Primera Enmienda.

Según la Corte de Apelaciones, “la ley no está dirigida a limitar la expresión protegida, sino (que está dirigida a) una conducta no protegida (la pornografía infan-

---

<sup>6</sup> En este sentido, se puede consultar Tushnet, Jackson, *Comparative constitutional law*, New York, Foundation Press, 1999, p. 1302 y 1328, entre otros.

<sup>7</sup> *Fundamentals on american law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2000, p. 92.

<sup>8</sup> “United States v. C-Citement Video Inc.”, 513 US 64, 72 (1994).

til) que puede ser identificada con la expresión”. Por lo tanto, la regulación es de contenido neutral. Este tipo de regulaciones están sometidas a un nivel intermedio de escrutinio al revisarse judicialmente.

Las limitaciones de contenido neutral, para ser válidas, deben responder a un interés apremiante del Estado y dejar otros canales de comunicación abiertos con el fin de no limitar completamente la expresión en tal sentido. El evitar la pornografía infantil es un interés fundamental del Estado y el medio a través del cual lo protege, en el caso concreto el registro, es constitucionalmente válido a la luz de la garantía de la libertad de expresión.

El registro es un medio que toma en consideración ambos intereses, los del Estado, por un lado, y los de los usuarios y consumidores de Connection y sus servicios, por el otro.

Por último, la exigencia del registro no elimina otros canales a través de los cuales los *swingers* pueden expresarse. No se limitó su derecho de expresarse, sino que simplemente se pide cierta información sobre la persona antes de expresarse. Cabe recordar que Connection, como afirmó la gerente, ya llevaba un registro sobre quienes realizaban publicaciones. La nueva ley solamente incluyó un dato más que debe formar parte del registro, y la posibilidad de revisión del registro exclusivamente por el gobierno.

Connection plantea que el derecho constitucionalmente reconocido de asociarse libremente de los usuarios y consumidores de los servicios que brinda su empresa ha sido afectado. La Corte de Apelaciones permite que Connection haga este planteo porque considera que está legitimado, ya que cumple con los requisitos establecidos para invocar un derecho de un tercero, especialmente porque los usuarios desean el anonimato. La Corte de Apelaciones considera que su derecho no ha sido vulnerado, ya que pueden continuar enviando mensajes y fotografías para publicarse sin necesidad de enviar sus datos personales (siempre que no tengan un contenido sexual explícito).

#### **4. Los “swingers” y la discriminación laboral. Jurisprudencia norteamericana**

La Corte Suprema de California en el caso “Pettit v. State Board of Education” (1973) confirma el fallo apelado en el cual se revocaba la licencia de una docente (de niños discapacitados de nivel primario) por el hecho de haber incurrido en conductas inmorales.

Si bien esta decisión es confirmada en la Corte Suprema de Estado de California, existe un voto en disidencia que se erige en verdadero defensor de los derechos de la maestra.

Pettit era una mujer casada que desarrollaba su vida normalmente. En 1967 ella y su marido ingresan al Club Privado Los Swingers en Los Angeles. Un detective encubierto ingresa al club y encuentra a la actora, en una fiesta privada, practicándoles sexo oral a distintos individuos. Pettit es arrestada y acusada del delito de copulación oral. A través del procedimiento de *plea bargaining* el encuadramiento penal de la conducta es modificado y finalmente la actora es condenada por el delito de ultranza de indecencia pública. Como consecuencia del procedimiento penal enta-



blado en contra de la actora y la repercusión de los hechos se entabla una acción con el fin de revocar su licencia docente.

La sección 13202 del Código Educativo de California prevé las distintas causas por las que se permite revocar la licencia<sup>9</sup>. De las tres causales contenidas en el Código, la Corte Suprema de California determina que la aplicable al caso es la relativa a la existencia de conducta inmoral y, por consiguiente, falta del carácter moral necesario.

Antes de que este caso se presentara a la Corte Suprema de California, ella había tenido que decidir un caso de circunstancias similares o idénticas<sup>10</sup> (“Morrison v. State Board of Education”).

Es importante recordar que en Estados Unidos de América rige el principio de *stare decisis* por el cual las decisiones anteriores son obligatorias siempre que sus hechos sean idénticos. Las cortes para apartarse de decisiones anteriores deben encontrar puntos en los que los dos casos difieran. La mayoría encuentra estas diferencias para darle un tratamiento distinto al presente caso que el dado al caso “Morrison”. En cambio, la minoría considera que debe aplicarse la misma solución legal, ya que no encuentra diferencias sustanciales en los hechos que permitan apartarse de la solución legal.

La mayoría en “Morrison”, para evitar la inconstitucionalidad de la ley, había establecido que independientemente de si las acciones de Morrison constituían o no una conducta inmoral o no profesional, debía probarse la inaptitud para enseñar para poder revocar la licencia docente, y que el mantenimiento del docente significase un daño para terceros.

La mayoría distingue “Morrison” de “Pettit” porque: a) en “Morrison” el hecho que dio lugar al planteo no había sido un hecho irrelevante para el derecho penal, mientras que en “Pettit” la conducta configuraba un tipo penal; b) en el primer caso, la conducta había transcurrido en un ámbito privado, mientras que en “Pettit” había sido realizada abiertamente en una fiesta, y c) en “Morrison” no se había probado su inaptitud para enseñar, mientras que en “Pettit” existen testigos que prueban que efectivamente no era apta desempeñar su cargo.

Al distinguir el caso “Pettit” del caso “Morrison” la mayoría tiene el camino abierto para confirmar el fallo (tal como hizo). Su justificación se basó en que los testigos presentados constituyeron prueba suficiente de que la actora no era apta para enseñar en colegios primarios, ya que los docentes deben enseñar a sus alumnos principios de moral que difícilmente pueda enseñar si no los practica. La Corte Suprema de California consideró que ella no tenía el carácter moral suficiente como para desempeñar la tarea docente y, como consecuencia, revocó su licencia.

---

<sup>9</sup> La sección 13202 del Código Educativo prevé como causal de revocación de la licencia: a) conductas inmorales y no profesionales o por cualquier causa en la cual hubiera garantizado la denegación de una petición para un documento certificado o la renovación o por una manifiesta inaptitud para enseñar; b) comisión de un acto en el que quede reflejada su inaptitud moral o falta de carácter moral suficiente, o c) haber sido condenada por delitos penales tales como la sección 288 a del Código Penal. La corte rechaza la causal c) porque la actora no había sido condenada (por el cambio tipo penal tras el procedimiento de *plea bargaining*) por uno de los delitos que permiten la revocación. Asimismo, la corte rechaza la causal a) porque la actora nunca había negado los hechos.

<sup>10</sup> Dependiendo si se adopta la postura de la mayoría o de la minoría.

La minoría, en cambio, revoca el fallo apelado<sup>11</sup>. El juez Torbiner considera que la aptitud para enseñar no ha sido desvirtuada. Al no haber sido probada su inaptitud para educar, y al ser aplicable el caso “Morrison”, la licencia para enseñar no puede ser revocada.

La minoría entiende que la doctrina sentada por el caso “Morrison” es aplicable a “Pettit” porque: a) muchos hechos (aún con relevancia penal) no pueden fundar la revocación de la licencia para ejercer la profesión porque la legislación muchas veces no está actualizada o no responde a las prácticas constantes en la sociedad; b) la conducta fue cometida en un ámbito privado, ya que la característica de un lugar público es la existencia de la posibilidad de ofender a terceros y en esta fiesta, al adoptar todos los presentes estas concepciones, la afectación no era posible, y c) los testigos presentados no constituyen prueba suficiente de su inaptitud para enseñar.

Además, destaca las consecuencias que la revocación puede tener sobre Pettit, no sólo económica sino psicológicamente. Los jueces siempre deben evaluar las consecuencias de sus decisiones y no deben, bajo ningún concepto, desentenderse de las mismas. La evaluación realizada por el juez Torbiner muestra como la sanción sería completamente desproporcional a la conducta realizada y la actitud presente de Pettit. Asimismo, compara la sanción aplicada por la mayoría a Pettit en otras profesiones y muestra como la sanción es desmesurada. Esta desmesurada doctrina sentada por la mayoría es muy peligrosa, especialmente considerando el avance de las prácticas sexuales en la sociedad estadounidense.

Asimismo, la minoría destaca que el concepto de moral adoptado por la mayoría es demasiado amplio y vago. Destaca que es difícil encontrar un concepto de moral compartido por la sociedad, especialmente en materia sexual en donde las concepciones son muchas y ampliamente divergentes entre sí. Mientras que la inaptitud para enseñar no sea probada no puede revocarse una licencia solamente sobre la base de las posibles conductas inmorales realizadas por la intrínseca vaguedad del concepto.

Además, la minoría destaca un punto que la mayoría omite señalar, ya que si lo hiciese constituiría un obstáculo para la solución adoptada por ellos. Entre los deberes que Pettit debía llevar a cabo en sus funciones no se encontraba el de inculcar principios morales a sus alumnos, ya que sus funciones era distintas a las de otras maestras por las diferencias en sus alumnos (niños discapacitados). Al no tener la obligación de enseñar principios morales, la justificación dada por la mayoría parece perder sustento.

## **5. Los “swinger” y el derecho de asociación. Jurisprudencia argentina**

### **a) La pretensión**

La Asociación Argentina de Swingers se presentó ante la IGJ con el objeto de obtener personería jurídica. La IGJ rechazó su pedido basado en diversas razones.

---

<sup>11</sup> Jueces Tobriner y Mosk.

La Cámara, al resolver la apelación de la resolución de la IGJ, resolvió en idéntico sentido.

### **b) La resolución de la IGJ**

El 28 de junio de 2002 la IGJ denegó la personería jurídica a la Asociación Argentina de Swingers fundándose en la falta de cumplimiento del requisito del bien común para el otorgamiento de la personería jurídica (art. 33, Cód. Civil). Desde la óptica de la IGJ, que distaba de ser la que la Asociación sostenía, el objeto principal de la Asociación Argentina de Swingers no promueve el bien común.

El estatuto presentado a la IGJ se refiere a su objeto principal como “la promoción del estilo de vida *swinger*, entendido éste como una propuesta alternativa en materia sexual y cultural en la estructura matrimonial y de parejas, apuntando a promover esta alternativa como una opción a la pareja, priorizando los valores familiares y difundiendo parámetros que permitan el acceso a un estilo de vida libre, con una sexualidad de las parejas menos atada a convenciones limitativas”. La IGJ sostuvo que este objeto no cumple con el requisito del bien común tal como ha sido entendido por la doctrina y jurisprudencia imperante en Argentina<sup>12</sup>.

Además, la IGJ consideró que no sólo su objeto no promovía el bien común, sino que ni siquiera constituía un objeto lícito, ya que se opone a normas de orden público contenidas en el Código Civil, tales como el deber de fidelidad, las buenas costumbres, la moral, etcétera.

### **c) La sentencia de Cámara**

La Sala A de la Cámara Civil confirmó la resolución de la IGJ que denegó la personería jurídica a la Asociación Argentina de Swingers<sup>13</sup>. La argumentación dada por la Cámara se basó en conceptos de derecho civil y constitucional.

En primer lugar, la Cámara resalta que la Asociación malinterpretó el deber de fidelidad contenido en el art. 198 del Cód. Civil, ya que no es necesario un ocultamiento o engaño para constituirlo. El deber de fidelidad es un principio de orden público, imperativo, que constituye una de las bases sobre las que se asienta la institución matrimonial. La Cámara explicó que la violación de este deber se configura cuando uno de los cónyuges mantiene relaciones sexuales con otra persona. El carácter imperativo de la norma impide que los cónyuges puedan realizar pactos en contrario. Si no están dispuestos a cumplir con este deber no deben contraer matrimonio. Si lo hacen, deben atenerse a lo impuesto por las normas legales. Por lo tanto, el objeto de la Asociación Argentina de Swinger se opone a este deber legal imperativo.

---

<sup>12</sup> El bien común es el bien estatal, es decir, el objeto de la asociación tiene que poseer en sí mismo una incidencia directa sobre el bien común que mueva al Estado a otorgarle una calidad determinada, esto es, la autorización para funcionar. En otros términos, al reconocer el Estado la especial incidencia que sobre el bien común tiene el objeto societario, lo asume como propio otorgando la autorización para funcionar” (*Fallos*, 314:1564).

<sup>13</sup> CNCiv, Sala A, 12/3/03, LL, 2003-C-642.



Para obtener la personería jurídica es necesario cumplir con los requisitos exigidos por el art. 33 del Cód. Civil. La Asociación, en su presentación, yerra sobre la significación del concepto de bien público, confundiéndolo con el de objeto lícito. La Cámara aclara la errónea comprensión de este término de arte y explica que la personería jurídica se otorga solamente cuando su objeto principal<sup>14</sup> esté destinado a promover el bien público, situación que la Cámara encuentra no configurada en el presente caso. Asimismo agrega que, aunque la interpretación dada por la Asociación fuese correcta, el objeto no es lícito, ya que violaría preceptos tales como el art. 953 del Cód. Civil (sobre objeto de los actos jurídicos donde se refiere a la moral y buenas costumbres), art. 1071 del Cód. Civil y art. 14 *bis* de la Const. nacional (porque este tipo de actividad y visión se opone a la protección de la familia).

En cuanto al derecho constitucionalmente reconocido de asociarse libremente (art. 14, Const. nacional) la Cámara considera que no se encuentra vulnerado. En primer lugar, cabe destacar que todos los derechos constitucionales están sujetos a reglamentación, ya que ningún derecho es absoluto. Con esta decisión no se le impide a la Asociación Argentina de Swingers asociarse, sino que se le impide, exclusivamente, asociarse bajo esta forma particular. Existen otras formas a las que la Asociación puede recurrir para asociarse y por esta razón su derecho constitucional a asociarse libremente no está vulnerado.

#### **d) Las críticas a la sentencia**

La denegación de la personería jurídica a esta Asociación constituye un ejercicio arbitrario del poder, ya que con esta decisión se violan normas constitucionales tales como el derecho de asociación (art. 14, Const. nacional), el derecho a la intimidad (art. 19, Const. nacional) y el pluralismo que Argentina, como país democrático, debe fomentar.

En cuanto al deber de fidelidad, es importante destacar dos puntos. En primer lugar, la sanción que se impone por el incumplimiento de este deber repercute sobre los cónyuges y no sobre terceros. Este fallo, al basarse (en parte) en el deber de fidelidad está extendiendo este deber y las sanciones que acarrea el incumplimiento de éste a terceros. El incumplimiento de este deber acarrea sanciones específicas<sup>15</sup> previstas en la ley que solamente repercuten sobre los cónyuges y no pueden extenderse a terceros. En segundo lugar, no todos los miembros de la Asociación Argentina de Swingers son casados y no se debería extender este deber a personas que no tienen la obligación de ser fieles entre sí.

---

<sup>14</sup> Como el objeto principal es el que debe tender a promover el bien común, la mención a otras actividades que podrían llegar a promoverlo no alcanzan para justificar el otorgamiento de personería jurídica. Es claro que no puede entenderse que “la promoción del estilo de vida *swinger*, entendido éste como propuesta alternativa en materia sexual y cultural en la estructura matrimonial y de parejas. Adhiere una visión progresista y pluralista de los vínculos afectivos e íntimos, fomentando el intercambio responsable de experiencias, entre ellas las sexuales” constituya un objeto que tienda a promover el bien público.

<sup>15</sup> Las sanciones específicas previstas en la ley para el incumplimiento del deber de fidelidad son la culpabilidad en el divorcio, la pérdida de los derechos alimentarios y hereditarios y la pérdida del uso del apellido marital.

Si las personas que no están casadas deciden ser fieles o no serlo es una cuestión interna de la relación en la que el derecho no puede intervenir, ya que todo lo que no está prohibido está permitido y protegido por la esfera de privacidad (art. 19, Const. nacional).

El hecho de que la IGJ y la Cámara hayan denegado la personería jurídica con miras a proteger la familia y promover el respeto por el deber de fidelidad no resulta lógico, ya que si lo que vulnera a estas dos instituciones es el estilo de vida *swinger*, el otorgamiento o no de su personería jurídica no modificaría la situación. Esto se debe a que otras vías, menos favorables que la asociación, han quedado abiertas para que se asocien, por lo que quienes quieran adoptar este estilo de vida lo harán de todas formas.

Si bien el fundamento dado de mayor peso para la denegación se apoyó en la falta de cumplimiento del requisito del bien común es justamente esta decisión denegatoria un atentado contra el bien común, ya que desconoce principios básicos sobre los que se asienta la sociedad que están activamente protegidos por la Constitución nacional, tales como el derecho a la libertad, autodeterminación, intimidad, libertad de pensamiento, etcétera.

Los magistrados (y en este caso probablemente la IGJ también) no deben desentenderse de las consecuencias de sus decisiones. La Cámara seguramente cree que por medio de esta decisión se están fortaleciendo instituciones fundamentales como la familia o el matrimonio. Pero pierde de vista que estas instituciones nunca fueron afectadas por esta Asociación y que, aún en el caso en que hubiesen estado afectadas, esta decisión no las pone a salvo porque los individuos son libres de asociarse libremente a través de otras vías pero con idénticos o similares fines. Además, su decisión atenta directamente contra principios básicos de la sociedad y derechos y garantías consagrados constitucionalmente.

## **6. Los fundamentos que impiden el reconocimiento**

La Asociación Argentina de Swingers no intenta, como la Comunidad Homosexual Argentina intentó en su oportunidad, luchar contra principios tales como la discriminación o respeto de minorías, sino que está enfocada hacia el intercambio de parejas, fin que claramente no responde a un interés general. Las asociaciones consagradas en el art. 33 del Cód. Civil deben responder a un fin de interés general, ya que cuando no lo hagan no se les otorgará la autorización para funcionar. Por lo tanto, en este caso, al no cumplir con tal fin el Estado no tiene la obligación de otorgarle la autorización.

El art. 19 de la Const. nacional en donde la esfera de intimidad está consagrada prohíbe al Estado interferir con esta esfera en tanto no se vulnere el orden público, la moral y no se dañe a terceros. El Estado debe abstenerse de intervenir en conductas tales como las que realizan los *swingers*, ya que se encuentran protegidas por la Constitución nacional. Pero no puede requerirse al Estado, fundándose en el art. 19, acciones positivas como se solicitan en el presente caso, ya que el Estado no tiene obligación de realizarlas.

## 7. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos puesto en evidencia que el estilo de vida *swinger* presenta consecuencia en el derecho laboral, asociativo y de libertad de prensa. En el primer caso, la maestra finalmente es despedida. En el segundo caso, las limitaciones impuestas con el fin de identificar a las personas que realicen publicaciones sexualmente explícitas se considera constitucional. En el último caso, la personería jurídica es denegada.

En cuanto al primer caso, queremos poner de relevancia que el tribunal falló desde una perspectiva correcta. La pornografía infantil es un mal que acecha a la sociedad y debe erradicárselo usando todos los instrumentos legales, entre ellos el de limitar la libertad de expresión y la existencia de un registro al cual solamente pueda acceder el gobierno.

En el segundo fallo, consideramos que la solución es al menos dudosa ya que estamos convencidos que no debe imponérsele a otras personas un determinado estilo de vida, y menos de forma encubierta. Pettit era una persona apta para desempeñar su trabajo.

Pero su licencia fue revocada solamente por los principios liberales en materia sexual que ella había adoptado<sup>16</sup>. Uno puede o no estar de acuerdo con determinadas conductas de una persona. Pero sancionar a esa persona en lo laboral por conductas que tienen lugar en ámbitos ajenos a su actuar aparece como arbitrario. Si Pettit era apta para enseñar debería haber mantenido su licencia independientemente de sus acciones privadas.

En cuanto al fallo argentino, consideramos que las decisiones adoptadas por la IGJ y la Cámara son adecuadas al ordenamiento jurídico argentino.

En conclusión, el tratamiento dado a las personas y/o asociaciones que adoptan este estilo de vida no puede calificarse categóricamente como justo o injusto, ya que depende del caso particular.

Lo más importante, desde nuestro punto de vista, es evitar la utilización de otras herramientas o vías propias del derecho para limitar, solamente por practicar determinado estilo de vida, derechos constitucionales o de otra índole que estas personas y/o asociaciones poseen. En algunos casos sus derechos se respetan, ya sea a través de los fallos o de jueces comprometidos con su labor que aplican correctamente el derecho a pesar de que, muchas veces, pueden no estar de acuerdo con los principios adoptados por los *swingers*. Pero es penoso que en otros casos el compromiso moral de quienes tienen la justicia en sus manos sea menor e intenten imponer a través del poder que detentan determinados valores de vida.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

---

<sup>16</sup> “Adoptado” y no “adopta”, ya que Pettit se arrepiente de sus acciones y no tiene interés en volver a practicar este estilo de vida.