

**ESCUELA DE LA MAGISTRATURA**  
**del Poder Judicial de Salta**



Octubre 2015 Número 21

**TEMAS**  
**Judiciales**

*Poder Judicial*  
*Provincia de Salta*

*Publicación en Papel*  
ISSN 1669-8665

*Publicación On-Line*  
ISSN 1669-8657

**Propiedad de la  
Escuela de la Magistratura  
del Poder Judicial de Salta**

**Consejo Editorial**

**Director**

Dr. Sergio Fabián Vittar

**Consejeros**

Dr. Ernesto Roberto Samsón  
Dr. José Gerardo Ruiz  
Dr. Héctor Guillermo Alavila  
Dr. Ángel Amadeo Longarte  
Dra. Nelda Villada Valdéz  
Dra. Analía Villa de Moisés  
Dra. Mercedes Alejandra Filtrín  
Dra. Jacqueline San Miguel

**Coordinadora**

Dra. Claudina Xamena de Canavoso



**Recopilación de datos**

Sra. Eva del Carmen Barrozo

**Arte y Diseño**

Néstor Osvaldo Cignetti  
Luis Esteban Delgado



**Impresión**

Mundo Gráfico S.A  
Córdoba 714  
200 ejemplares - Nov/2015



**Registro de Propiedad Intelectual**

En Línea N° 5157103  
En Papel N° 5157104

**TEJAS**  
**Judiciales**



## Editorial

Éxito es lo que sale fuera, lo que ve la luz, lo que halla salida, lo que se logra. Así es que la palabra éxito, según escribe el lexicógrafo Roque Barcía Martí en su “Diccionario de Sinónimos” lleva en sí la idea de buen resultado, porque alcanzar el éxito es como alcanzar una salida, una puerta, un medio de salvarse.

Por todo el esfuerzo que conlleva la edición de un nuevo ejemplar de la Revista Temas Judiciales, podemos decir que se publica con “éxito” luego de dos años de su último ejemplar que data de octubre 2013.

La capacitación judicial que desarrolla la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta comprende el dictado de posgrados, seminarios y cursos en los que se establece como requisito de aprobación, además de la asistencia a clases, la presentación de trabajos de investigación para su corrección por parte de los docentes y autoridades de las capacitaciones.

Desde hace tiempo, advertimos que fruto de esta exigencia los magistrados, funcionarios y abogados despliegan una importante labor intelectual que permanece desconocida por la comunidad judicial.

Esta situación nos ha motivado a recopilar y publicar en esta edición de la Revista Temas Judiciales aquellos trabajos que se destacaron por haber recibido las más altas calificaciones y el reconocimiento académico.

Seleccionamos de la amplia variedad de cursos dictados en los años académicos 2013-2014, tres capacitaciones por su trascendencia institucional:

a) el Curso Intensivo sobre Microtráfico de Estupefacientes, en el convencimiento de que las escuelas judiciales son herramientas de gran significación al momento de diseñar una política judicial y en este sentido la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta acompañó desde un primer momento la política de estado provincial tendiente a desfederalizar las causas por microtráfico.

b) el Posgrado en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, dirigido por las Dras. Cecilia Grosman y Marisa Herrera, acreditado por la UBA, dado que esta capacitación permitió a los operadores del derecho y profesiones afines interesados en los temas de familia, infancia y adolescencia estar actualizados con las principales transformaciones en este campo del Derecho con antelación a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

c) la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial, que tiene entre las exigencias de aprobación de las materias que integran el plan de estudio. Se seleccionaron tres informes de la materia “El Derecho Judicial”, cuatro trabajos de la materia “Responsabilidades Judiciales y sus dimensiones” y tres investigaciones de la materia “Razonamiento Judicial aplicado a la correcta estructuración de la sentencia” por haber obtenido las más altas calificaciones.

Confiamos que el esfuerzo individual sea reconocido y signifique una motivación para toda la comunidad judicial.

Consejo Editorial



**Posgrado sobre Derecho de Familia, Infancia  
y Adolescencia Profundizado**

**Año 2013**



## Introducción

En el marco de las actividades académicas de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial organizadas durante el año académico 2013, en virtud del convenio de cooperación académica vigente con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires se dictó, entre los meses de abril a noviembre de 2013, un Posgrado en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, dirigido por las Dras. Cecilia Grosman y Marisa Herrera.

Esta capacitación específica permitió a los operadores del derecho y profesiones afines interesados en los temas de familia, infancia y adolescencia estar actualizados con las principales transformaciones en este campo del Derecho con antelación a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El curso ofreció un total de cincuenta y seis horas y fue dictado por destacados juristas, como Aída Kemelmajer de Carlucci, Ana María Chechile, Marisa Herrera, Sandra Wierza, Ida Alicia Husni y Pedro Di Lella, todos ellos docentes de la Universidad de Buenos Aires.

Para acceder a la aprobación de este posgrado, los alumnos debieron presentar un trabajo final sobre algunos de los temas abordados en el programa.

La Escuela de la Magistratura seleccionó, por haber obtenido la más alta calificación, dos trabajos monográficos para ser incluidos en esta publicación: “Los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sistema de Protección Integral y Reformas del Código Civil” de María Jesús Bestregui Ortiz y “Abordaje interdisciplinario en violencia familiar” de Matilde Sonia Alonso.



## Abordaje Interdisciplinario en Violencia Familiar

Por Matilde Sonia Alonso

### Planteo:

“Violencia familiar”; “Violencia doméstica”; “Violencia de género”, “Violencia contra la mujer”; “Maltrato infantil”; “Abuso infantil”; “Abuso Sexual infantil intrafamiliar” son problemáticas que atraviesan el campo de los Derechos Humanos, es una Cuestión Social, un asunto de Seguridad y de Salud Pública. En el presente, aludiré a ellas como las “violencias”.

El cuerpo normativo aplicable en relación a esas diversas modalidades de violencias ha tenido un proceso de crecimiento significativo en los últimos tiempos, abarcando el ámbito internacional, nacional y provincial de la República Argentina.

Se trata de cuestiones que revisten un nivel de complejidad que interpela a las diferentes disciplinas y saberes que se construyen alrededor del sujeto y sus relaciones interpersonales.

Implican acciones e intervenciones que trascienden los diferentes ámbitos institucionales - organizacionales por los que atraviesan las personas que se encuentran inmersas en situaciones de “violencias”.

Las violencias que se presentan en las relaciones interpersonales, antes aludidas, requieren ser abordadas desde una perspectiva interdisciplinaria, humanista, de género, victimológica, integral, e interinstitucional. La intervención requiere interacción, articulación y coordinación intra e interinstitucional.

### Las Violencias

Es necesario partir de la afirmación que la violencia constituye un factor social grave, complejo y multicausal, que demanda permanentemente compromiso y acciones, que atiendan al progresivo y constante reclamo de la sociedad para que se asista y proteja a las personas en situación de vulnerabilidad, frente a todas las formas de abuso de poder que se produzcan en las relaciones interpersonales cuando, por acción u omisión ocasionan daño físico, psíquico, social, económico.

Violencia alude a todo acto u omisión que supone un abuso, sometimiento, maltrato. La esencia del acto violento es no tener en cuenta los deseos, necesidades, decisiones, voluntad y derechos de otra persona. Es no respetar al otro en su condición de persona y de ser social.

La violencia afecta las relaciones humanas y sociales. La violencia es “ubicua”, se encuentra presente en todos los sectores y puede afectar a todas las personas y sus relaciones.

Asistimos en la actualidad a un creciente fenómeno de “visibilización de las violencias” que se presentan en diferentes ámbitos en los que las personas desarrollan sus relaciones interpersonales<sup>1</sup>. En el ámbito familiar, vecinal, escolar, social, laboral, institucional, se observan niveles y modalidades de “violencias”

---

### NOTAS

<sup>1</sup>A diferencia y en sentido contrario al proceso de invisibilización de las violencias que se observaba en el ámbito privado, donde: “los trapitos sucios se lavan en casa”, “se arregla a puertas cerradas”, “nadie se mete”, etc.

que han preocupado y ocupan a diversos sectores, en su estudio, investigación, prevención y asistencia.

Los diversos autores afirman que la violencia en las relaciones interpersonales<sup>2</sup> existió siempre, mas su visibilización como cuestión social y su abordaje como tal es relativamente reciente, pudiendo señalar que ha ocupado la agenda institucional a fines del siglo XX y lo que va transcurriendo del siglo XXI.

Las diversas denominaciones que aluden a los distintos modos en que se presentan las violencias en los ámbitos públicos y privados, amerita alguna conceptualización.

Los discursos que escuchamos los operadores son: “Amar, pero...”; “Luchar por”; “Me hace sufrir”; “No cambia”; “Mujer que abandona”; “Hombre que abandona”; “En las buenas y en las malas”; “Efecto Wanda”; “Efecto Maria da Penha”; “Mis hijos sufren”; “Ellos lo/la extrañan”; “volver por los niños”; “por su propio bien”, etc.

Se debe destacar que, en esas expresiones, presenciamos paradojas, por ejemplo, cuando aludimos a “Violencia Familiar”. Ello es así en tanto si bien relacionamos desde una perspectiva ideal al binomio “Amor / Familia”, la realidad nos presenta también el término “Violencia / Muerte”. Con lo cual reconocer la existencia de violencia en las relaciones de las personas que se encuentran afectivamente unidas y ligadas por un vínculo familiar, de parentesco, permite desmitificar algunos preconceptos que circulan en la sociedad y en los operadores (profesionales y no profesionales). Se debe, penosamente, admitir que donde se “ama” (familia), también se pueden vulnerar derechos (violencia).

Se alude a “**Violencia de género**”<sup>3</sup> y “**Violencia contra la mujer**”<sup>4</sup> en diferentes normas. La norma constitucional contenida en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna Nacional, alude a estas modalidades en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>5</sup>; en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

---

<sup>2</sup> “**Violencia familiar**”; “**Violencia doméstica**” “**Violencia de género**”, “**Violencia contra la mujer**”; “**Maltrato infantil**”, “**Abuso infantil**”, “**Abuso Sexual infantil intrafamiliar**”.

<sup>3</sup> Ley 26485. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. **Art. 4.** - Definición. **Se entiende por violencia contra las mujeres** toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

<sup>4</sup> Ley 24632. Apruébase la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Sancionada: marzo 13 de 1996. Promulgada: Abril 1 de 1996. Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

<sup>5</sup> Ley 23179. 1985

contra la Mujer, también conocida como "Convención de Belem do Pará", sancionada el 13 de marzo de 1996<sup>6</sup>.

En legislación nacional, con fundamento en los tratados con rango constitucional, se establece, con "perspectiva de género", la garantía de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales<sup>7</sup>.

Se afirma que la noción de "Género" surge a partir de la idea de que lo "femenino" y lo "masculino" no son hechos naturales o biológicos, no surgen de la naturaleza, sino que son construcciones culturales. Género es la forma como se aprende a ser mujer y a ser varón en cada cultura y en cada época determinada, influenciada por un conjunto de ideas, creencias y representaciones de tipo religioso, político, económico, jurídico, psicológico, cultural, de etnia y de clase social.

La perspectiva de género es un paradigma de intervención, respetuosa de una mirada desde los Derechos Humanos Fundamentales, que responde a una creciente necesidad/obligación de intervención, atendiendo a la realidad que nos interpela<sup>8</sup>. No se debe trabajar en un sistema de administración de justicia, u otras instituciones, si se carece de perspectiva de género, en tanto las acciones que se desarrollen, además de vulnerar Derechos humanos Fundamentales, aparejan responsabilidades de los estados a nivel provincial, nacional e internacional. Muchos fallos de organismos internacionales<sup>9</sup> avalan lo afirmado.

Resulta un dato de la realidad, y de público conocimiento, la cantidad de femicidios<sup>10</sup> directos y vinculados que enlutan a la Argentina y, en particular a la provincia de Salta, conforme los datos no oficiales que recoge la Fundación Casa del Encuentro<sup>11</sup> a partir de noticias que extrae de medios de comunicación a nivel nacional<sup>12</sup>.

En el tratamiento de la "**Violencia familiar**" o "**Violencia doméstica**" se dictaron numerosas legislaciones a nivel nacional<sup>13</sup> y provincial, contando todas las provincias con leyes más o menos actualizadas para hacer frente al flagelo de la violencia en el ámbito más privado en el que las personas transcurren la mayor parte de su vida, es decir en el ámbito familiar.

En la provincia de Salta se cuenta con legislación específica en materia de protección de víctimas de violencia familiar desde el año 1999. En ese año se

---

<sup>6</sup> Ley 24632. 1996

<sup>7</sup> Ley 26485. 2005. Artículo 2. - Objeto. Promover y garantizar: a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; d) El desarrollo de políticas públicas e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; f) El acceso a la justicia g) La asistencia integral

<sup>8</sup> Convención de Belem Do Para "AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Comités que aplican diversos Tratados Internacionales.

<sup>10</sup> "Femicidio". Término incorporado con la modificación del Código Penal Ley 26791 – 2012.

<sup>11</sup> [www.lacasadelencontro.org](http://www.lacasadelencontro.org).

<sup>12</sup> Femicidios. Cifras enero a septiembre de 2013: 209 mujeres asesinadas; 293 hijos quedaron sin madre; 2 niños murieron mediando entre los adultos; 56% asesinatos se cometieron en la vivienda de víctima o victimario; 14% de las mujeres tenían medidas de protección.

<sup>13</sup> Ley 24417. Año 1994.

dicta la Ley 7039, de protección de niñez adolescencia y familia, y en esta norma, en el penúltimo artículo se dispone la operatividad de la Ley nacional N° 24417<sup>14</sup>. En el año 2002 se dicta una ley provincial de protección contra la violencia familiar<sup>15</sup>, la que contó con muy poca difusión, aún entre sus operadores más directos (policía, abogados, y otros operadores del sistema de administración de justicia). A partir de una situación que enluta la provincia de Salta por el asesinato de una mujer y dos de los tres hijos<sup>16</sup>, quien había radicado denuncias sin obtener respuestas; se dicta una nueva Ley de Protección de Víctimas de Violencia Familiar, la que se caracteriza, fundamentalmente, por reconocer en su génesis, el aporte de la mayoría de instituciones públicas salteñas y organizaciones no gubernamentales relacionadas con la temática<sup>17</sup>.

Cuando se alude a la violencia “familiar”, se apunta a los vínculos que unen a las personas que se encuentran inmersas en la situación de violencia. Cuando se menciona la violencia “doméstica” se hace alusión al lugar (casa, vivienda. Etimológicamente: domo, domus, dominus) en el que se producen los hechos de violencia. No obstante, se observa en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentina aludir a la “violencia familiar” para abarcar a ambos aspectos: lo familiar y lo doméstico.

La provincia de Salta por Ley 7403/2006 de “Protección de Víctimas de Violencia Familiar” dispone que “Toda persona que sufre por acción, omisión o abuso, daño psíquico o físico, maltrato moral, financiero o económico notoriamente ilegítimo, sexual y/o en su libertad, aunque no configure delito, por parte de algún integrante del grupo familiar, podrá denunciar estos hechos en las dependencias de la Policía, Ministerio Público, Juzgados de Paz o Juzgados de Personas y Familia”<sup>18</sup>. Circunscribiendo de esta manera lo que para la provincia de Salta se conceptualiza como violencia familiar. Asimismo, en su artículo segundo, esta norma provincial delimita el “grupo familiar”<sup>19</sup> protegido frente a hechos de violencia, ampliando el alcance de otras leyes, como por ejemplo el de la Ley nacional 24417.

Entre algunos de los avances de las normas que protegen a las personas que sufren violencia familiar, se pueden señalar las siguientes:

- La inclusión explícita en el concepto de “**grupo familiar**” al originado en las uniones de hecho, remite a la consideración de la familia como un hecho en permanente transformación y el trabajar con distintos tipos de grupos familiares como por ejemplo las nucleares, las monoparentales, ensambladas o reconstituidas, homo y heterosexuales, con convivencia o sin ella, noviazgos, etc.
- La **informalidad** en la sustanciación de la denuncia: puede ser escrita o verbal, no requiere patrocinio letrado para su radicación, y el **carácter sumario** de los plazos legales.

---

<sup>14</sup> Ley 24417. Año 1994. Violencia Familiar. Denuncia. Medidas Cautelares.

<sup>15</sup> Ley 7202. Año 2002.

<sup>16</sup> Año 2004. Caso Yapura – Alderete.

<sup>17</sup> Ley 7403. Año 2006.

<sup>18</sup> Ley 7403. Año 2006. Artículo 1º.- Ámbito de Aplicación.

<sup>19</sup> Ley 7403. Año 2006. Artículo 2º. “Se considera como grupo familiar al originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, sean convivientes o no, persistan o hayan cesado, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales y afines, o a quienes cohabiten bajo el mismo techo en forma permanente o temporaria. La presente también se aplicará sobre la persona con quien tenga o haya tenido relación de pareja o noviazgo”.

- La **asistencia letrada gratuita** para toda persona que sufra de maltrato o abuso.
- La posibilidad de solicitar, conjuntamente con la denuncia, la adopción de **medidas urgentes de amparo**, con relación a la cuota alimentaria y al régimen de visitas; la exclusión del golpeador del hogar o la prohibición de acceso al domicilio de la víctima o a su lugar de trabajo, entre otras. La Ley 26485 sobre protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, amplía el repertorio de medidas judiciales que pueden disponerse, las que resultan una facultad del juez competente, y que se fijan con carácter meramente enunciativo (no taxativo).
- La **obligación de denunciar** de los profesionales de la salud y de los servicios asistenciales sociales y educativos, públicos o privados, todo agente público, con conocimiento directo o indirecto por los hechos de violencia que conocieran en razón de su labor en el caso de los menores, incapaces, ancianos y discapacitados. Esto marca el compromiso y responsabilidad profesional que se verifica en muchos casos denunciados desde diferentes áreas (educación; salud; seguridad, social; cultos; etc.).
- La **competencia de los Juzgados de Familia** para entender en estas denuncias, sin perjuicio que para el caso de delitos cometidos dentro del grupo familiar conviviente, el juez penal, a petición de fiscalía pueda disponer medidas de protección en protección de la víctima y su grupo familiar.

Entre las **finalidades** perseguidas por la Ley de Protección de Víctimas de Violencia Familiar están: disuadir y evitar la reiteración de conductas que generen violencia familiar; establecer medidas urgentes de protección a favor de las víctimas; concientizar del problema a la población y plantear Políticas Públicas para prevenir, combatir y erradicar esas conductas. El sistema de esta Ley prevé una protección más allá de la misma víctima. Las medidas cautelares son preceptos que no tienen en cuenta la discrecionalidad de la víctima, sino la protección de las personas a quien debe proteger<sup>20</sup>.

En referencia a las expresiones "**Maltrato infantil**", "**Abuso infantil**", "**Abuso Sexual infantil intrafamiliar**", entre tantas otras, podemos hacer referencia a la conceptualización que se deriva desde la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>21</sup>, la que posee rango constitucional, y también, con mayor especificidad a la Ley Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>22</sup> y su Decreto Reglamentario<sup>23</sup>. De los textos mencionados surge, entre otros, el ámbito de protección de derechos de las personas menores de

---

<sup>20</sup> Ley 7403. Año 2006. Artículo 13.- Orden Público. La presente Ley es de orden público e interés social y tiene por objeto la prevención, detección temprana, atención y erradicación de la Violencia Familiar, judiciales para lograr tal cometido.

<sup>21</sup> Ley 23849. Año 1990. Artículo 75, inciso 22. Constitución Nacional. Artículo 19. "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

<sup>22</sup> Ley 26061. Año 2005

<sup>23</sup> Decreto 415. Año 2006

edad en la República Argentina. En especial, el artículo 9 de la Ley 26061/05<sup>24</sup> refiere a la protección de niñas, niños y adolescentes contra todas las formas de violencia, maltrato, abuso.

Se entiende por maltrato o abuso infantil a las “Acciones y omisiones cometidas por personas que dañan al niño atentando contra su integridad corporal, desarrollo físico, afectivo, intelectual y moral, cuyas manifestaciones son el descuido y/o lesiones de orden físico y/o psíquico, y/o sexual”, y por maltrato infantil intrafamiliar a “cualquier daño físico o psicológico no accidental contra un menor ocasionado por sus padres o cuidadores, que ocurre como resultado de acciones físicas, sexuales o emocionales de omisión o comisión y que amenazan al desarrollo normal tanto físico como psicológico (social) del niño”.

Hacemos alusión a diferentes modalidades, formas, tipos de violencia que surgen de los textos legales antes mencionados, y que algunos autores clasifican de modo pedagógico. Referimos que, los textos legales presentan algunos conceptos, fundamentalmente en relación a la violencia contra la mujer, los que permiten enmarcar modalidades, tipos y ámbitos en los que se producen violencias, no obstante reconocer las dificultades que genera conceptualizar desde el texto legal, encasillando a su intérprete.

Se mencionan algunos **tipos de violencia**, sin agotar las clasificaciones y a los fines meramente ilustrativos:

- Física
- Psicológica<sup>25</sup>
- Sexual<sup>26</sup>
- Económica y patrimonial<sup>27</sup>
- Simbólica<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral...”

<sup>25</sup> Ley 26485. “La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación”.

<sup>26</sup> Ley 26485. “Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”.

<sup>27</sup> Ley 26485. “La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”

<sup>28</sup> Ley 26485. “La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.”

- Mediática<sup>29</sup>
  - Violencias Visibles e Invisibles.
  - Violencia Directa. Violencia Indirecta.
  - Violencia por Acción u Omisión
  - Actos de Violencia. Procesos de violencia.
  - Violencia Coyuntural. Violencia Estructural
  - Violencia de género
  - Violencia Intergeneracional
- Cuando se hace referencia a las modalidades de violencia hacia niñas, niños y adolescentes, también se mencionan:
- Malos tratos prenatales<sup>30</sup>
  - Malos tratos postnatales<sup>31</sup>
  - Malos tratos institucionales<sup>32</sup>
  - Malos tratos en los Sistemas de Protección:
    - Detección tardía de los malos tratos intrafamiliares.
    - Insuficiencia de recursos.
    - Síndrome del “peloteo”.
  - Victimización primaria; secundaria; terciaria
  - Maltrato físico<sup>33</sup>
  - Abandono físico<sup>34</sup>
  - Maltrato emocional<sup>35</sup>
  - Abandono emocional<sup>36</sup>
  - Abuso sexual<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Ley 26485. “aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.”

<sup>30</sup> Son circunstancias de vida de la madre, siempre que exista voluntariedad o negligencia, que influya negativa o patológicamente en el embarazo, teniendo repercusiones en el feto. Se trata de gestaciones sin seguimiento médico, alimentación deficiente, exceso de trabajo corporal, hábitos tóxicos e hijos de padres toxicómanos, madres alcohólicas, toxicómanas, fumadoras, enfermedades de transmisión: sida, hepatitis B.

<sup>31</sup> Son circunstancias durante la vida del niño que constituyen riesgo o perjuicio para el niño.

<sup>32</sup> Ocurren cuando los actores son las instituciones o la propia sociedad a través de legislaciones, programas, o la actuación de los profesionales al amparo de la institución: servicios sociales, sanitarios, escolares, policiales, judiciales, medios de comunicación social.

<sup>33</sup> Cualquier acción no accidental por parte de los padres o cuidadores, que provoque daño físico o enfermedad en el niño o que lo coloque en grave riesgo de padecerlo –golpes y moretones, quemaduras, fracturas, torceduras o dislocaciones, heridas o raspaduras, señales de mordeduras humanas, cortes o pinchazos.

<sup>34</sup> Aquellas situaciones en que las necesidades físicas básicas del menor (alimentación, vestido, higiene, protección y vigilancia en situaciones potencialmente peligrosas y/o cuidados médicos) no son atendidos temporal o permanentemente por ningún miembro del grupo que convive con el niño, pudiendo hacerlo.

<sup>35</sup> Hostilidad verbal crónica en forma de insulto, burla, desprecio, crítica y amenaza de abandono y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles –desde la evitación hasta el encierro por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar.

<sup>36</sup> Faltas persistentes de respuestas a las señales –llanto, sonrisas- expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por el niño, falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de alguna figura adulta estable.

<sup>37</sup> Cualquier clase de contacto sexual en un niño por parte de un familiar o tutor adulto desde una posición de poder o autoridad sobre el niño.

- Explotación laboral o mendicidad<sup>38</sup>
- Corrupción<sup>39</sup>
- Síndrome de Munchausen<sup>40</sup>
- Incapacidad parental de control de la conducta del niño<sup>41</sup>
- Secuestro o sustitución de la identidad<sup>42</sup>
- Niños testigos de violencia doméstica<sup>43</sup>
- Niños sin identificación<sup>44</sup>

## **Violencias y normas – leyes. La “Ley”**

Referir a las diversas formas de violencia, de maltrato y abuso infantil, sin lograr agotarlas, exige necesariamente relacionarlas con la violación de Derechos Humanos Fundamentales, en tanto toda forma de violencia implica una vulneración de derechos consagrados en la norma fundante del estado nacional.

Es esencial destacar que las diversas formas de violencia se correlacionan también con la “Vulnerabilidad<sup>45</sup>” del sujeto y con diversos aspectos<sup>46</sup> a considerar en el mismo: Edad; Género; Pertenencia a minorías Culturales; Sociales,

<sup>38</sup> Los padres o tutores que asignan al niño con carácter obligatorio, la realización continuada de trabajos (domésticos o no) que exceden el límite de lo habitual, que deberían ser realizados por los adultos, y que son asignados con el objetivo fundamental de obtener un beneficio económico o similar para los padres o la estructura familiar, interfieren de manera clara en las actividades y necesidades sociales y/o escolares de los niños.

<sup>39</sup> Conductas que impiden la normal integración del niño y refuerzan pautas de conducta antisocial y desviada (especialmente en el área de la agresividad, sexualidad etc.).

<sup>40</sup> Simulación por parte del padre / madre o tutor (especialmente por parte de la madre) de síntomas físicos patológicos, mediante la administración de sustancias o manipulación de excreciones o sugerencia de sintomatología difíciles de mostrar, llevando a internaciones o estudios complementarios innecesarios.

<sup>41</sup> Los padres o tutores manifiestan o demuestran claramente su total incapacidad para controlar y manejar de manera adaptativa el comportamiento de su/s hijo/s.

<sup>42</sup> Se refieren a todos aquellos casos en los que el menor era separado de su madre no bien nacía, para ser entregado a personal militar o personas relacionadas con los secuestradores, negando su identidad y la posibilidad de vuelta a su familia de origen. Asimismo, incluye a los menores secuestrados con sus padres y entregados a otros sujetos no familiares.

<sup>43</sup> Modalidad de violencia altamente destructiva y, paradójicamente, poco desarrollada a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial.

<sup>44</sup> "Los indocumentados en la Argentina. La cara invisible de la pobreza" Instituto Abierto para el Desarrollo y Estudio de Políticas Públicas (IADEPP). Unos 168.000 niños de entre 0 y 17 años de la Argentina urbana no tienen DNI, carencia que convierte a este grupo en "ciudadanos de segunda" con dificultad para educarse, trabajar o atenderse por un médico, advirtió en un informe la Universidad Católica Argentina (UCA). "la situación más crítica" se da en el grupo de los niños de 0 a 4 años "invisibles para el Estado y la sociedad" "sin DNI se vulneran otros derechos básicos, y no sólo el derecho a la identidad, como el acceso a la escuela, a la educación superior, a la salud, a conseguir un empleo regular y a la asistencia social. Quedan excluidos de subsidios, programas de transferencias monetarias como la Asignación Universal por Hijo, planes alimentarios o prestaciones sociales".

<sup>45</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (3). "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

<sup>46</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (4). "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes. La edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico".

Geográficas, Económicas; Victimización; etc. En esta última consideración (victimización), la Vulnerabilidad de la/s persona/s no solo apunta a una circunstancia común en la víctima, sino también a las condiciones de vulnerabilidad particulares de la persona (mujer, niña, sin instrucción, aborigen, pobre,...) y a la naturaleza o tipo del hecho sufrido (delito). Es decir, la violencia sufrida tiene que correlacionarse con los aspectos que vulnerabilizan al sujeto que la sufre. Por ejemplo, la situación de violencia familiar que sufre una mujer, aborigen, sin instrucción, pobre, que reside a ocho horas a caballo, de un centro poblado (Iruya)<sup>47</sup>, distante de la capital de la provincia, donde se encuentra el Juzgado de Personas y Familia que atenderá su denuncia de violencia familiar, difiere muchísimo al de otra mujer, con distintos recursos y facilidad de acceso a justicia, que denuncia igual tipo de violencia en Salta, Capital.

Las normas que en nuestro país resultan aplicables en relación con la problemática de las violencias se han visto incrementadas en los últimos años, a punto tal que algunos autores señalan que asistimos a una “epidemia legislativa”. Contamos con leyes que conforman un cuerpo normativo constitucional<sup>48</sup>; leyes nacionales; leyes provinciales; leyes de fondo y forma; leyes que aluden a situaciones de violencia familiar y de género; leyes que protegen frente a la violencia a sujetos en razón de su especial vulnerabilidad (niños, discapacitados, mujer, ancianos, aborígenes, etc.). Cabe reflexionar al respecto:

- ¿No resulta suficiente el bloque de constitucionalidad con el que contamos a partir de la reforma constitucional de 1994, integrado por el texto de la Carta Magna y todos los Tratados de Derechos Humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22 y 23?
- ¿Es preciso continuar apelando a la hetero-normatividad; a la imposición de la ley desde un Otro externo: ley general, ley particular, juez, policía, etc.?

Resulta muy difícil dar una respuesta cerrada a estos interrogantes. Se podrían esbozar ideas o acercar opiniones, las que solo quedarían en el campo de las hipótesis, carentes de resultados obtenidos por serios métodos investigativos, lo que también resulta muy difícil atendiendo a la complejidad con la que nos enfrentamos cuando hablamos de la problemática de las violencias que sufren las personas en sus relaciones interpersonales.

Alicia Husni sostiene que el sujeto que provoca la violencia, estima que él es “la LEY”. Que la Ley existe para los demás. Éste sujeto vive en la inmediatez de sus deseos, de sus pulsiones. No registra responsabilidad frente a sus pares. No logró aceptar que existe la ley que viene de afuera y hay que respetarla. En razón de ello la autora puede sostener que el mensaje a transmitir sería “ésta es la ley y hay que acatarla”, como también que ninguna acción terapéutica se puede llevar a cabo si no hay un esclarecimiento de la relación del sujeto con la ley.

Se hacen denodados esfuerzos en teorizar acerca de las causas y consecuencias de este flagelo, atendiendo a los sujetos que conforman el grupo afectado por la violencia, a las etapas que atraviesan, a la presencia de crisis en la familia, a los modos de resolución pacífica de conflictos en la familia que vive la violencia, etc. Por ejemplo, una pareja que atraviesa una ruptura y llega a la decisión de separación, se enfrenta a que: “El divorcio o la separación es, por

---

<sup>47</sup> Libro Serie Victimología 12. Vulnerabilidad de las Víctimas. “Mujeres, victimización y falta de acceso a los recursos”. Páginas 239/248. Ab. Matilde Sonia Alonso; Lic. Anabel Sánchez.

<sup>48</sup> Constitución Nacional. Artículo 75 inciso 22 y 23. Sentencias, Informes y Observaciones de los Organismos de Derechos Humanos creados por los Tratados ratificados por Argentina, los que resultan aplicables en razón de las “condiciones de su vigencia” en que fueron adoptados.

excelencia, la situación que trae aparejada la reactivación de este tipo de vivencias. En ella, cada una de las partes librará una batalla contra la otra, movilizados por la percepción de que el otro no cumple con los propios requerimientos...<sup>49</sup>. En esa “batalla” el otro es visto como “el enemigo”, percepción que, en la mayoría de las veces, se refuerza por acciones desarrolladas por operadores del sistema de administración de justicia, quienes no posibilitan adecuadamente que se resuelvan sus conflictos de una manera armoniosa y respetuosa para ambos, y en consecuencia para todo el grupo familiar implicado.

## Complejidad

Cuando trabajamos con las violencias, nos enfrentamos a la complejidad del ser humano y a personas en interrelación con problemas complejos. Afirmamos además, la “complejidad” del fenómeno que denominamos “violencias”. Estamos en presencia de problemáticas que no pueden ser pensadas desde la explicación de causas simples (multicausalidad), con lo cual tampoco podremos pensar en un abordaje simple, unidireccional o desde la soledad de una disciplina. Las autoras del libro: “Familias en Litigio: Perspectiva psicosocial” antes citado se plantean la etiología de la violencia familiar y esbozan algunas teorías explicativas acerca de las conductas agresivas, a las que denominan: Modelo psiquiátrico y Modelo sociocultural. Desarrollan la idea de la violencia como forma de ejercicio del poder y de la violencia estructural de la sociedad.

Ed Morín plantea la perspectiva de la complejidad, permitiéndonos repensar no solo las causas y los efectos de las violencias, sino también su modo de abordaje en relación con la prevención y asistencia de este grave flagelo.

La complejidad interpela a los diferentes saberes y disciplinas, quienes observan que las respuestas simples, no alcanzan para abordar de un modo adecuado las problemáticas que enfrentan en el ejercicio cotidiano de sus profesiones, cuando la violencia afectó al consultante en sus relaciones.

## Intervenciones

En el ámbito privado, las violencias que circulan entre los distintos integrantes de los grupos familiares, se enfrenta de un modo diferente desde hace un tiempo no muy lejano, tal como se expresara anteriormente.

Existen diversos **modelos de intervención y abordajes**: el que se lleva a cabo desde una sola institución<sup>50</sup>, o desde diversas instituciones intervinientes<sup>51</sup>.

Se plantean diversos abordajes: disciplinario<sup>52</sup>; multidisciplinario<sup>53</sup>; interdisciplinario<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Husni, Alicia. Rivas, María Fernanda. “Familias en Litigio: Perspectiva Psicosocial”. 1ª. Edición. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires. Argentina. 2007. Página 37.

<sup>50</sup> Institucional: por instituciones públicas (justicia, seguridad, salud, educación, etc.) y/o con instituciones privadas.

<sup>51</sup> Interinstitucional. Conformación de Redes.

<sup>52</sup> Desde una Disciplina, entendida como una “forma de pensar sistemáticamente la realidad (conforme a las exigencias del método científico), desde un recorte o fragmentación que se hace de esa realidad”. Ezequiel Ander-Egg. Ander-Egg, 1994:25.

<sup>53</sup> “Conjunto de disciplinas que se ocupan simultáneamente de idéntico problema, sin que exista entre ellas ninguna relación en cuanto a “cruzamientos disciplinares” Ezequiel Ander-Egg. Ander-Egg, 1994:20.

<sup>54</sup> Interdisciplina implica “Pensar entre las diferentes disciplinas y desde diferentes lugares la mejor estrategia para abordar el conflicto” Alicia Husni. La Interdisciplina constituye un modo de observar, de pensar, de actuar, de posicionarse como equipos para construir “junto al sujeto de la

Hoy, en el abordaje de las distintas problemáticas sociales resulta esencial construir estrategias adecuadas de **intervención**. Sabemos que intervenir (venir entre) ante las primeras manifestaciones de la violencia en cualquiera de los ámbitos donde se presente, puede significar para las personas, la frontera entre, disfrutar de sus derechos o la pérdida de los mismos.

En este abordaje, las herramientas jurídicas (marco normativo) son muy necesarias para intervenir desde los diferentes enfoques y sectores en todo lo relacionado con las violencias. Se afirma que “la ley no es el derecho” en el sentido que es un instrumento más, en manos de quienes deben comprometerse e intervenir, y ello porque los instrumentos legales son parte de un **sistema jurídico complejo**, integrado por: **la ley; los operadores de la norma y la cultura o medio en el cual se aplica**. Todos resultan aplicadores de las normas, no pudiendo, ni debiendo alegar desconocerlas.

Las intervenciones deben diseñarse desde una estrategia elaborada por equipos profesionales junto a la/s persona/s afectadas con acciones orientadas al empoderamiento y el protagonismo de cada sujeto sufriente de la violencia y junto a su grupo de referencia (grupo familiar; grupo convivencial; centro de vida; etc.).

Es imprescindible incluir en el abordaje de las violencias, las áreas de prevención (primaria<sup>55</sup>, secundaria<sup>56</sup> y terciaria<sup>57</sup>) y asistencia.

Otro importante requerimiento es que quienes operan con las violencias deben exteriorizar aptitudes y actitudes adecuadas y contar con capacitación en todas las áreas de incumbencia disciplinal.

Resulta insoslayable coordinar y articular los recursos intra e interinstitucionales para dar respuestas integrales atendiendo a la victimización y a la vulnerabilidad de cada persona, prescindiendo de intervenciones focalizadas, desarticuladas o burocráticas.

Es necesario deconstruir mitos, estereotipos, prejuicios y supuestos básicos que subyacen a los profesionales y operadores y que actúan en la comunidad, sosteniendo una cultura machista, vertical, patriarcal, androcéntrica que vulnera derechos humanos fundamentales, con mayor razón en aquellos lugares en que se encuentran más naturalizadas, como por ejemplo la provincia de Salta. Abarcando toda su población, todos sus municipios.

Las personas que sufren estas violencias deben recibir trato adecuado como sujetos plenos de derechos, y en su condición de víctimas, atendiendo a la protección de sus derechos.

El nuevo paradigma de intervención en esta problemática plantea un **Abordaje integral** de estas “violencias”, implicando co-responsabilidad para

---

intervención”, una perspectiva diferente. Ponencia de Matilde Alonso en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Disertaciones y Ponencias. Mar del Plata. Octubre de 2012. Editorial La Ley – Abeledo Perrot. Página 328/329.

<sup>55</sup> La prevención primaria pretende disminuir el número de casos o su aparición; se refiere a métodos aplicados a la población general y actúa antes de que se presente cualquier tipo de manifestación.

<sup>56</sup> La prevención secundaria pretende reducir la prevalencia y reducir al máximo las manifestaciones tras el contacto con los agentes desencadenantes; se refiere a esfuerzos dirigidos hacia quienes se hallan o pudieran estar en una situación de alto riesgo de sufrir un trastorno determinado.

<sup>57</sup> La prevención terciaria pretende aminorar la prevalencia de las secuelas e incapacidades después de que la enfermedad ha aparecido, mejorar la calidad de vida de las personas incapacitadas y evitar su recaída; es decir, son aquellas intervenciones que se dan tras la identificación de la enfermedad.

todos los operadores del sistema, incluidos los organismos gubernamentales y no gubernamentales, como también la comunidad toda.

Intervenir integralmente reclama un respetuoso acompañamiento de las personas y su grupo de referencia afectadas por las diversas modalidades de violencia, hasta lograr la reparación, restitución, restauración de los daños sufridos.

La integralidad apela a la consideración de la/s persona/s como un todo, como un sujeto pleno de derechos, considerado desde esa perspectiva por quienes deben intervenir en su situación. Integral y adecuada al caso a caso, es la intervención que responde mejor a las problemáticas tan complejas que presentan las conflictividades donde la violencia se encuentra presente.

Es contrario al abordaje integral propuesto, el pensar y tratar al sujeto como un intersticio para cada disciplina, como un fragmento para cada operador, que debe adaptarse al oficio, arte o disciplina de éste y desde compartimentos estancos. Eso conlleva que los sujetos deambulen por diversas dependencias y organismos que actúan como células aisladas produciendo revictimización en sus acciones atomizadas y desarticuladas.

Atender esta problemática exige también **priorizar todos los recursos** (humanos, materiales, financieros, institucionales) para su efectiva y eficaz atención, no solo desde la perspectiva macro en cuanto al diseño de políticas públicas que compete el Poder Ejecutivo; también al Legislador en su tarea de adecuar normas o tornarlas aplicables según el caso y al Judicial (Poder Judicial y Ministerio Público) en cuanto a la atención de cada planteo (causa; expediente; averiguación preliminar; sumario; etc.) en el que deba intervenir y en todas las esferas de su actuación, sea en el ámbito civil, penal, laboral, etc.

Las dependencias jurisdiccionales que aplican las normas relativas a la violencia familiar, de género, no pueden circunscribir su intervención al dictado de medidas de protección de las víctimas contempladas en la normativa local. Debe aplicarse todo el cuerpo normativo de la Constitución Nacional, los tratados contenidos en el artículo 75 inciso 22 y 23, y la legislación nacional específica (“corpus juris victimológico”).

El sistema de administración de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público) no puede restringir su intervención a la aplicación sesgada de la Ley de violencia vigente en la provincia, debiendo **interactuar** junto a las áreas del Poder Ejecutivo (provincial y municipal) que desarrolla políticas públicas en esta materia. Es un mandato legal.

Es un deber insoslayable de los organismos gubernamentales proveer a la **capacitación de todos** sus integrantes en el abordaje y con las perspectivas de los nuevos paradigmas en la intervención en materia de violencias, fundamentalmente a todos los que integran el sistema de administración de justicia. Asimismo es deber del estado controlar (auditar, supervisar) que esos nuevos paradigmas “bajen a las prácticas” en el caso a caso. Solo así se puede facilitar un real y efectivo acceso a justicia a las personas inmersas en situaciones de violencia (Derecho Humano Fundamental: “Tutela Judicial Efectiva”).

Se necesita una **capacitación sistemática y sostenida** que permita adquirir las herramientas de intervención; que posibiliten **repensar** acciones; **reconocer** mitos, estereotipos, supuestos básicos subyacentes y prejuicios en los operadores; **revisar** como juega la objetividad y las subjetividades en cada intervención, **concientizando y sensibilizando** a quienes en el día a día trabajan con víctimas de violencias.

## **La Interdisciplina en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (2012)**

El Código Civil proyectado presenta modificaciones estructurales que trascienden a la vida de las personas y sus relaciones. Plantea para los operadores de las normas, **cambios de paradigmas** desde los cuales intervenir. Entre ellos el Proyecto alude a la “**INTERDISCIPLINA**” en los artículos 31; 36; 38; 41; 47; 50; 596 y 642. La **perspectiva o enfoque interdisciplinario** no está contemplado por el codificador original.

El Código Civil Argentino es el ordenamiento jurídico que establece normas referidas a la existencia de las personas, sus relaciones familiares, patrimoniales, sucesiones, entre otras. Podemos observar que, en relación a las personas, legisla desde la concepción hasta su muerte y sus efectos.

El Anteproyecto de Código Civil 2012, redactado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional<sup>58</sup>, introduce, por primera vez, la **interdisciplina** en ocho artículos de trascendental importancia: En las “Reglas generales a la restricción de la capacidad por razones de salud”<sup>59</sup>; señala que la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial<sup>60</sup>. Al establecer pautas sobre la prueba, a los efectos de la restricción de la capacidad por razones de salud, determina que “es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”<sup>61</sup>. Al ordenar que “La sentencia que declara la incapacidad o la restricción parcial a la capacidad de la persona debe ser revisada por el juez... sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios”<sup>62</sup>. Al tratar sobre las internaciones, el proyectado artículo 41 dispone que “debe estar fundada en una evaluación que señale los motivos que la justifican, con intervención de un equipo interdisciplinario”<sup>63</sup>. Para el cese de incapacidad, restricción a la capacidad o inhabilitación; en cuestiones de adopción; y de responsabilidad parental establece la exigencia de la intervención interdisciplinaria (47; 50; 592; 642)<sup>64</sup>.

### **La Interdisciplina proyectada. El nuevo modelo de intervención.**

La Comisión redactora del Anteproyecto de reforma del Código Civil<sup>65</sup>, integrada por el Dr. Ricardo Lorenzetti, Dra. Elena Highton de Nolasco y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y un grupo de juristas, plantean la Interdisciplina como una modalidad de abordaje en cuestiones que presentan complejidad y requieren en su intervención, un tratamiento integral respetuoso de la dignidad de la persona. No podía ser de otra manera. El respeto irrestricto de los Derechos Humanos Fundamentales de los argentinos, reclamaba cambios de paradigmas en los modelos tradicionales de intervención profesional.

En los Fundamentos que acompañan al Proyecto presentado por tan distinguida Comisión, se alude a un “Código para una sociedad multicultural”, y se expresa: “...De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas

<sup>58</sup> Decreto 191/2011. Boletín Oficial 28/02/2011

<sup>59</sup> Proyecto Código Civil 2012. Artículo 31

<sup>60</sup> Anteproyecto Código Civil. 2012. Artículo 31, inciso c).

<sup>61</sup> Anteproyecto Código Civil. 2012. Artículo 36.

<sup>62</sup> Anteproyecto Código Civil. 2012. Artículo 38.

<sup>63</sup> Anteproyecto Código Civil. 2012. Artículo 41.

<sup>64</sup> Anteproyecto Código Civil. 2012. Artículos 47; 50; 596; 642.

<sup>65</sup> Decreto 191/2011. Boletín Oficial 28/02/2011

propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.

No puede comprenderse la pluralidad, las diversas visiones, la integralidad, si no es desde un saber - producto interdisciplinario como el que preceptúa la norma en el Proyecto de reforma.

La interdisciplina se encuentra reconocida y reclamada en diversos ámbitos doctrinarios y jurisprudenciales. Mauricio Mizrahi expresa: “Se exige además –por lo menos en lo que a nuestra materia se refiere- una correlación concreta con disciplinas extrajurídicas, pues el excesivo formalismo del derecho lo aparta de la realidad a la que se aplica” (destacado propio)<sup>66</sup> .

### **Abordaje interdisciplinario**

El concepto “**Interdisciplina**” se interpreta como un “saber - producto” que se obtiene a partir de la interacción de varias disciplinas, las que se ordenan a efectos de dar respuestas integrales a problemáticas complejas. El siglo XVIII fue el período de la atomización de saberes. El siglo XXI nos interpela a reunirlos ante el complejo escenario de la intervención sobre las violencias que afectan personas y grupos vulnerables.

El abordaje interdisciplinario favorece avanzar sobre el modelo de una “justicia humanizada e inclusiva”, que garantiza y tutela el efectivo acceso a esa justicia que “incluye” a la persona. Implica integrar y articular. Requiere superar algunas formas hegemónicas de intervenir desde un único saber, disciplina y posicionamiento. Conlleva un enriquecimiento recíproco, que basado en un democrático respeto, se aprende en la práctica, con los otros y de los otros.

Intervenir ante el complejo fenómeno de las diversas formas de vulneración de derechos de las personas, del abuso de poder en sus diversas manifestaciones, y, de las violencias que tipifican conductas delictivas, demanda necesariamente un enfoque con múltiples miradas y desde una perspectiva integradora.

El objetivo de la intervención interdisciplinaria, hoy, es recuperar el sentido de integralidad, en un contexto de movimientos permanentes, trabajando desde cada realidad, la que no puede desprenderse del contexto en el que se presenta.

En un abordaje interdisciplinario, el derecho, la psicología, el trabajo social, y otras, se relacionan y ordenan recíprocamente desde cada identidad disciplinal, para comprender juntos la compleja situación presentada por la persona en un contexto de cambios permanentes. En la “unidad de actuación” de un equipo profesional, pueden, sin embargo, distinguirse los roles y aportes efectuados desde cada profesión, los que no pierden su identidad ni especificidad disciplinal.

Esta modalidad de abordaje es adecuada para situaciones que por su complejidad y globalidad, desafían, arrasan y devastan la subjetividad del operador. Problemáticas y complejas situaciones que atraviesan a personas, y que, siendo los profesionales, personas, que operan sobre las mismas, muchas veces se compromete el pretendido ideal de objetividad de actuación que se espera de las disciplinas intervinientes.

Los operadores, personas que trabajan con personas, que se encuentran inmersas en situaciones de vulneraciones de derechos, se posicionan desde un lugar seguro, el que brinda a cada cual, el ejercicio profesional. Trabajar desde la Interdisciplina, “como equipos” con profesionales de otras disciplinas, constituye

---

<sup>66</sup> Familia, Matrimonio y Divorcio. Mizrahi, Mauricio. Astrea. Buenos Aires. 1998. Pág. 160.

necesariamente un re-aseguro, para quien necesita atención, en tanto su situación es abordada desde una integralidad; como para los profesionales que encuentran junto a los otros, una práctica enriquecedora, y un espacio de contención, reflexión y co-visión que mitiga los efectos del desgaste profesional y representa un constante crecimiento personal y grupal.

También aprecia la experiencia de algunos operadores que, con la Interdisciplina, encuentran mejores estrategias para afrontar el impacto de algunas prácticas profesionales que implican un riesgo adicional de desgaste emocional.

El desafío es **construir el “saber interdisciplinario”** e imaginar cómo las diferentes disciplinas se posicionan e interactúan, a partir de cada situación en concreto.

Para construir un abordaje interdisciplinario eficiente se requiere, un específico perfil profesional (no cualquiera puede o quiere), un permanente compromiso (personal y profesional), capacitación continua (en todas las áreas abarcadas), y el recurso de la creatividad, instrumento igualmente valioso, ante el complejo escenario que nos presenta la cotidianeidad del abordaje con personas.

Se podría indicar, entonces, que **desarrollar una verdadera práctica interdisciplinaria** es cuestión de aptitudes y actitudes en los integrantes de los equipos profesionales y operadores.

✓ Que requiere reconocer, repensar y modificar preconceptos, prejuicios y supuestos básicos subyacentes, presentes en la cotidianeidad del ejercicio profesional de las diversas disciplinas.

✓ Que exige abandonar rígidas posturas hegemónicas que conciben al SABER desde la unilateralidad de una disciplina, observando a la distancia al “objeto de intervención”, sin implicarlo como sujeto partícipe necesario de la construcción.

✓ Que reclama de los integrantes del equipo interdisciplinario una disposición para la escucha respetuosa, y para construir acuerdos desde los aportes de cada profesión.

✓ Que lograr un saber interdisciplinario, producto de la interacción de los profesionales y de la persona con la cual se interviene, sobre la realidad que ésta plantea, implica compartir un proceso de co construcción y corresponsabilidad.

Las violencias que se presentan en las relaciones interpersonales, específicamente, “Violencia familiar”, “Violencia doméstica”, “Violencia de género”, “Violencia contra la mujer”, “Maltrato infantil”, “Abuso infantil”, “Abuso Sexual infantil intrafamiliar” requieren, ser abordadas desde la modalidad interdisciplinaria, como también desde una perspectiva humanista<sup>67</sup>, de género<sup>68</sup>,

---

<sup>67</sup> Focalizando en la dignidad de la persona como sujeto pleno de derechos, y respetuosa de los Derechos Humanos Fundamentales de ella.

<sup>68</sup> Convención de Belem do Para. Capítulo III - Deberes de los Estados. Artículo 7.- Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las

victimológica<sup>69</sup>, integral, intra<sup>70</sup> e interinstitucional<sup>71</sup>.

Las intervenciones interdisciplinarias se ven enriquecidas cuando se llevan a cabo integrando al saber propio de la interdisciplina, las articulaciones (intraarticulación) con los integrantes de cada dependencia a la que pertenece el operador. A ello se suma, en beneficio de una mejor respuesta a la persona asistida y a la sociedad toda, las articulaciones (interarticulación) que se logran con otras dependencias – instituciones – organizaciones.

**Intrarticulación** es la expresión con la que intento significar un tipo de intervención en las problemáticas complejas abordadas. Su principio – guía es la disposición de los operadores de reconocer, conformar y situarse entre las redes institucionales existentes y actuar en sus intersecciones. La finalidad es obtener una respuesta más integral y respetuosa para los usuarios del sistema de administración de justicia. Es poder trabajar con el otro, desde una disposición de trabajo “como equipos”, funcionando efectiva y eficazmente como un “sistema”.

**Interarticulación** es el término con el que aludo a la disposición y puesta en práctica, por parte de los operadores que intervienen en las violencias, de que, en cada caso, se lleve a cabo el reconocimiento (identificación), la construcción, y la movilización planificada y sostenida de la red interinstitucional. El objetivo es poder sumar los esfuerzos de cada grupo organizacional (municipal, provincial, nacional, internacional), obteniendo los mejores resultados en el caso concreto. Son las redes relacionales que se tejen, en cada situación trabajada, con todos los operadores e instituciones<sup>72</sup> que tienen injerencia en la misma, existan de modo formal (por convenios, guías, protocolos, etc.) o se constituyan informalmente a tal fin. Tiende a impedir la superposición y el dispendio de los recursos; evitar el agotamiento de los distintos operadores que intervienen; y en los usuarios del sistema se tiende a disuadir el desaliento<sup>73</sup> y evitar que se los revictimice<sup>74</sup>.

Es necesario intervenir, además, con una **actitud “proactiva”**, que, conforme a cada caso, integre, construya y accione en consecuencia, con los desafíos de la situación planteada en el contexto en movimiento que se presente, y sin esperar que sea el caso el que se adecue a pretendidas “recetas

---

medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

<sup>69</sup> Respetuosa de todos los derechos de la persona en condición de víctima y promoviendo su seguridad, contención, asistencia, orientación, asesoramiento, acompañamiento, y reparación del daño sufrido.

<sup>70</sup> Superando los clásicos compartimentos estancos de la “oficina derivadora” hacia “la otra ventanilla”.

<sup>71</sup> Áreas gubernamentales (justicia, seguridad, social, educación, salud, etc.) y Organismos no gubernamentales. Rol de la prensa.

<sup>72</sup> Justicia (Poder Judicial y Ministerio Público), salud, educación, seguridad, acción social, comunidades religiosas, organismos no gubernamentales, prensa, etc.

<sup>73</sup> “No hay justicia”; “nadie da respuestas”; “esto es peor que antes”; etc.

<sup>74</sup> El “peloteo”; el deambular entre dependencias e instituciones; la repetición incesante de relatos; etc.

preconcebidas”. Debiendo recurrir a acciones positivas<sup>75</sup> reguladas en la norma constitucional, cuando resulte favorable ante la vulnerabilidad del sujeto en su contexto.

La **finalidad** última de quienes desarrollan sus funciones en el abordaje de las violencias es viabilizar la armonía entre los protagonistas y la paz social. Las normas que legislan en la materia, sostienen que se debe accionar para lograr la **erradicación de la violencia**. Considerar esta última meta descrita como una utopía, tal como lo señalan algunos autores, nos permite, de igual modo, considerar que ese es el norte que dirige nuestras acciones, para poder seguir avanzando en la deconstrucción del modelo cultural que tolera las violencias, aunque para ello sean necesarias varias generaciones. Con el medio ambiente en el que interactúan los sujetos, se están logrando cambios. La familia es el “medio ambiente” donde se desarrollan los seres humanos. Es prioridad de todos y todas ocuparnos con ese fin.

En ese entendimiento, el **Abordaje interdisciplinario**, con perspectiva humanista, de género, victimológica, integral, con articulación intra e interinstitucional en violencia de género, familiar, doméstica, maltrato y abuso infantil, resulta un deber insoslayable del estado, un derecho irrenunciable de las personas y sus grupos de referencia, la satisfacción de una necesidad social, y la única posibilidad de legar a nuestras generaciones futuras un “ambiente sustentable”.



---

<sup>75</sup> Constitución Nacional. Artículo 75, inciso 23.



## Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Sistema de Protección Integral y Reforma del Código Civil

Por María Jesús Bestregui Ortíz

### Fundamentación:

En el presente trabajo intentaré vincular los aportes del Curso de Posgrado sobre Derecho de Familia Profundizado y la disciplina del Trabajo Social, lugar desde donde desempeño mi accionar profesional, y desde donde puedo analizar casos a la luz de los cambios sociales, culturales y el marco jurídico vigente y proyectado.

Mi desempeño profesional me ha acercado al abordaje socio-familiar, desde diferentes programas sociales del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia, más específicamente desde la Dirección de Familia. En el desarrollo de este material retomaré discusiones y reflexiones nacidas de mi desempeño en esta dirección, que interpela varios aspectos en el ámbito del derecho, como la **violencia familiar**, la noción de **vulnerabilidad**, los casos de **niños y niñas testigos de violencia**, el **interés superior del niño**, la **responsabilidad parental**, entre otros; además, pone de relieve la necesidad de un **abordaje interdisciplinar** de casos.

Comúnmente la organización de la respuesta del Estado a las problemáticas sociales se organiza de manera fragmentada, focalizada o disyuntiva. Los casos se derivan conforme áreas de atención, que en la práctica van *fragmentando* al sujeto. Como consecuencia, muchas intervenciones orientadas a mejorar la calidad de vida de los sujetos, y a convalidar derechos, se sobreponen con otras, se entrecruzan, la mayoría de las veces obstaculizando procesos, en lugar de potenciarlos, dando respuestas precarizadas a la gravedad que revisten los casos. Otra de las consecuencias es que las intervenciones aisladas, dan lugar a lecturas y análisis fragmentados sobre los casos abordados. La atención entonces se torna focalizada y excluyente, sobre *alguna* de las problemáticas de los sujetos, como por ejemplo, la atención a necesidades alimenticias, la mejora habitacional, la re-inserción educativa. Todas estas medidas revelan el límite de la atención que está otorgando el Estado a las problemáticas sociales, por cuanto no constituyen una respuesta integral a las necesidades de las personas que tienen derechos sociales vulnerados. De ahí la necesidad de una respuesta interdisciplinaria.

A continuación se presenta la información organizada de la siguiente manera:

1. Presentación de Casos:
  - i. Análisis general de los casos.
  - ii. Propuestas de intervención interdisciplinaria e integral a la luz de las reformas proyectadas en el marco legal. (Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial).
2. El peritaje social con enfoque de derechos, nuevos paradigmas a partir del proyecto de reforma:

- i. El rol del perito en trabajo social.
3. Los derechos de niños, niñas y adolescentes, Sistema de Protección Integral y Reforma del Código Civil.
4. A modo de conclusión.

### 1. Presentación de Casos:

En respuesta a las consignas de trabajo haré una breve reseña sobre casos seleccionados intencionalmente en el marco de mi desempeño profesional, que son ilustrativos para abordar los puntos referidos precedentemente (la problemática de la **violencia familiar**, la noción de **vulnerabilidad**, los casos de niños y niñas **testigos de violencia**, el **interés superior del niño**, la **responsabilidad parental**, la necesidad de un **abordaje interdisciplinar** de casos, entre otros). Todos estos ejemplos ilustrativos son extraídos de los *informes sociales* y los análisis que se desprenden de los *diagnósticos sociales* realizados por la trabajadora social, autora de esta presentación. (Se reserva la identidad y cualquier otro dato que pudiera revelar información sobre los casos, de carácter interno y confidencial).

**Caso A: Violencia Doméstica.** Caso de **violencia de género**, con episodios recurrentes de **abuso sexual**. Convivencia con el maltratador, pareja de la víctima. **Violencia psicológica**, con el amedrentamiento y sumisión a través del uso de armas blancas (cuchillo). La combinación de estos elementos funciona como mecanismos de control y de castigo sobre la mujer.

**Caso B: Violencia Doméstica.** Caso de **violencia de género** con episodios de violencia física, verbal, emocional y psicológica. Se desencadena en un homicidio del maltratador.

**Caso C:** Caso de **violencia de género y violencia familiar**, con **niño testigo de violencia** (7 años); o lo que en otras perspectivas se denomina también como niño víctima de violencia de género. El hombre castiga a la mujer extensivamente, sobre sus afectos más preciados.

La situación expuesta vulnera los Derechos del Niño, fundados en la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto tienen derecho a crecer y desarrollarse en un ambiente sano. Y también infringe la Ley N° 26061<sup>1</sup> inspirada en dicha Convención, en su Artículo 3 (Interés Superior del Niño, principio que ordena el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; y el respeto a su Centro de Vida), Artículo 9 (sobre el derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal del niño, por el cual no deben ser sometidos a “trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio”. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral).

La **violencia doméstica** coloca a la mujer y al niño en una situación de **vulnerabilidad** y de **riesgo**. Queda expuesta en el testimonio de la víctima, la situación de **maltrato infantil** (psíquico-social) también llamado **maltrato emocional** del niño testigo de violencia.

**Caso D:** El violento niega el delito y la responsabilidad sobre la pena. Cuestiona el papel de la justicia y los avances en el sistema de protección a la

---

<sup>1</sup> Ley Nacional N°26061 (2005) de Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes.

mujer. Invierte responsabilidades penales, y las orienta hacia su víctima, como una manera de revictimizar a la mujer: “*si hay que procesar a alguien, hay que averiguar bien*” (testifica); con lo cual en definitiva justifica su accionar violento. Esta persona continúa representado una amenaza de **riesgo** para sus víctimas.

**i. Análisis general de los casos.**

En los casos de **violencia doméstica** se generan escenarios en los que tanto los niños, niñas y adolescentes involucrados, así como las mujeres son objeto de maltratos físicos y verbales, agravios, amenazas y subestimación; hiriendo su subjetividad, causándoles angustia e indefensión.

Los casos aquí expuestos deben despertar el interés sobre otros indicadores que pueden estar señalando la vulneración de otros derechos de la mujer, fuera del ámbito doméstico. Sobre ellos hay que prestar especial atención, en tanto la violencia de género como fenómeno problemático se funda en relaciones desiguales, de sumisión, y vulneración de los derechos de la mujer, que tienen origen en una matriz o código patriarcal, lo que nos habla de un fenómeno social. En este sentido, podrían contemplarse otros indicadores que permitieran evaluar más ampliamente la situación de la mujer víctima de violencia como: nivel socio educativo, situación económica, inclusión laboral, redes familiares, redes formales e informales de apoyo, etc. en miras de diseñar un posible plan de acción.

Los casos de **niños testigos de violencia** presentan una implicancia particular en el desarrollo del niño, que se traduce en problemas de integración social, trastornos en el aprendizaje, perturbaciones emocionales y, aprehensión de conductas y modos de relación violentos (circuito de transmisión generacional de la conducta violenta).

**ii. Propuestas de intervención interdisciplinaria e integral a la luz de las reformas proyectadas en el marco legal. (Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial).**

Actuar sobre la situación del niño, como víctima primaria en tanto niño testigo de violencia (y todo lo expuesto en la pericia, que constituyen factores de riesgo) atendiendo, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño y según lo dispone la Ley Nacional N°26061, el **interés superior del niño/a**.

La Ley 26061 habilita a los órganos locales a desplegar medidas de protección ante la vulneración o amenaza de los derechos del niño, entre las que se pueden incluir para este caso, asistencia social y psicológica del niño y su familia, asistencia y orientación a la mujer víctima de violencia de género.

Se puede incorporar a la familia y al niño en programas de fortalecimiento familiar, a cargo de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, en sus dependencias locales. Tal acción, contribuiría a cuidar y preservar el desarrollo pleno del niño, preferentemente en su ambiente familiar, tal y como lo sostiene la ley citada precedentemente.

No sólo es necesario descartar de manera inmediata la existencia de maltrato físico en el niño mediante observaciones, visitas/entrevistas domiciliarias, entrevistas “colaterales” o “complementarias”, para solicitar intervención judicial inmediata, que resguarde la integridad del niño frente a la amenaza de su agresor; sino que además se debe intervenir en el circuito de violencia transgeneracional, que implica la aprehensión de conductas y modos de relación violentos.

De esta manera, sería útil comunicar el caso al gabinete de psicopedagogía de la escuela a la que asiste, para trabajar también en ese ámbito de desarrollo, las consecuencias de la violencia doméstica, motivando y estimulando en el niño el aprendizaje del lenguaje, su escolarización, y la socialización con sus pares, en términos de respeto y tolerancia.

Ley Nacional N° 26485<sup>2</sup>, también habilita acciones tendientes a desplegar medidas de protección, que podrían dirigirse a la inclusión de la familia en programas de asesoramiento y asistencia a cargo de la Oficina de Violencia de Doméstica local. Para los casos aquí expuestos, se torna imprescindible valorar la participación de los niños en los sistemas de atención a la mujer, en tanto la violencia de género se desarrolla en el espacio doméstico y de convivencia.

## **2. El peritaje social con enfoque de derechos, nuevos paradigmas a partir del proyecto de reforma:**

i El rol del perito en trabajo social en el ámbito de la justicia:

Los testimonios que emergen de una situación de entrevista profesional como método para obtener información, articulan el cuerpo de la pericia. En tanto la pericia social se constituya en un elemento superador de los informes medioambientales, podremos hablar de un elemento valioso que dé cuenta de la producción material de la vida de las personas, la estructura vincular del grupo familiar, el contexto social, el sentido de la acción social. Esta caracterización trasciende la mera descripción de los hechos en indicadores predeterminados. Abre el juego, disuade el foco en los elementos a considerar para abordar casos de este tipo, desestructura el análisis, abre paso a introducir información que escapa de los marcos teóricos, conceptuales y normativos.

Una pericia que contemple las entrevistas en profundidad y el análisis de caso como instrumentos metodológicos, la convierte en un aporte excepcional en tanto trasciende la descripción cuantitativa, construye un objeto - problema articulado a partir del relato de los actores. Y la potencialidad de esto está en poder trascender las fronteras del derecho, e introducirnos a la cotidianidad de las personas, el ámbito donde reproducen su vida, los valores, la historicidad y las representaciones desde donde desarrollan sus actos. Es interesante, porque no es otra cosa que dar lugar a "*lo social*".

El trabajador social es un agente privilegiado en contacto directo con los actores implicados. La situación de entrevista permite indagar estratégicamente sobre aspectos que articulen hechos, circunstancias, personas, grupos, elementos subjetivos, situaciones contextuales.

Lo destacado hasta aquí no son más que fundamentos epistemológicos, acerca de cómo producimos el saber, cómo desarrollamos nuestros informes, desde qué lugar nos referimos a los sujetos implicados y qué lugar le damos a su testimonio, en un documento que puede o no estar contribuyendo como medio de prueba en contextos jurídicos. No hay razones para subestimar la importancia de la pericia social cuando nuestro análisis y nuestra opinión especializada, tienen especial injerencia sobre la vida social de las personas.

Refiriéndonos al ejercicio de pensar por ejemplo el *cuerpo* de la pericia, la información recabada correspondería de manera no excluyente, a los puntos

---

<sup>2</sup> Ley Nacional N° 26485 (2009) de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en ámbitos en que se desarrollan sus relaciones interpersonales.-

vinculados a la *situación familiar*. Las consideraciones siguientes se incluyen en el abordaje familiar:

Antes de tomar intervención, y de responder a la solicitud de pericia para un caso de violencia doméstica, se precisan algunas lecturas previas sobre el caso como la revisión del expediente, la lectura del oficio; es decir, la lectura de los antecedentes del caso, que dará lugar a conocer los actores involucrados, arrojará algunos datos sobre la historicidad y recurrencia en problemáticas familiares vinculadas a la violencia (u otras causas), y nos facilitará la lectura del conflicto, arrojando a la luz algunos puntos de pericia importantes, que de otra forma podrían haber sido omitidos, o bien, podríamos haberlos advertido luego de un largo tiempo invertido en nuestra investigación.

El estudio de la tarea del perito requiere un **oficio de solicitud** que contenga:

1. Datos del causante
2. Domicilio
3. Número de Causa
4. Órgano Judicial interviniente
5. Síntesis de la Causa
6. Motivo de la solicitud de pericia y actores involucrados.
7. Puntos de Pericia

Puntos de pericia para un caso de violencia doméstica:

I. En causas vinculadas a *delitos intrafamiliares*, la pericia social estaría inclinada al análisis de variables como: la dinámica familiar, estructura familiar, organización, roles, estereotipos, antecedentes familiares, historia vital. Así también indicadores de riesgo y vulnerabilidad, inserción social del grupo familiar, factores de compensación, posicionamiento de la víctima en la constelación familiar. Redes de apoyo sociales e institucionales.

II. Un aspecto trascendental en el punto de pericia sería la situación del *niño testigo de violencia*, la presencia de menores de edad en la familia, recubre especial atención, y en muchos casos es determinante a la hora de planificar la intervención del caso, puesto que salvaguardando el *interés superior del niño*, conforme a las legislaciones vigentes, y a los tratados internacionales de los que forma parte el Estado argentino, es que se tienen que tomar medidas urgentes en protección de la infancia; habida cuenta que los casos de violencia familiar sitúan a los niños/as en un contexto hostil y de desprotección, en una situación de riesgo social (aquella en la que un sujeto o varios suelen encontrarse en forma debilitada frente a la conducta de otros) estableciéndose hechos donde aparecen la vulnerabilidad, la inseguridad y el peligro, agravados por su condición de niños/as. En esta situación observaríamos el desarrollo de las funciones parentales ligadas a la *función socializadora*, la *función nutriente*, y la *función educativa*. (Responsabilidad Parental).

Le otorgo relevancia a este señalamiento, por la injerencia que todo el derecho internacional le otorga a nuestro Estado, a la sociedad y la familia, en relación a los derechos del niño/a, tal es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó que el interés superior del niño debe primar por sobre cualquier otra consideración normativa y guiar definitivamente el análisis fáctico, y esto nos incumbe a nosotros, trabajadores sociales, al momento de realizar evaluaciones diagnósticas. El principio de interés superior del niño exige que se tome en especial consideración el pleno y armonioso desarrollo de su

personalidad con el fin de alentar en el niño/a o adolescente un proyecto de vida cuidado y fomentado.

III. Habíamos dicho que la lectura detenida del expediente arrojaría datos acerca de los antecedentes del caso. Así podemos encontrar que este caso de violencia familiar esté ligado a delitos dolosos y/o culposos, para lo cual se precisa tener como puntos de pericia: el análisis de la historia vital del sujeto y la familia, los modos de vincularse, hábitos, problemáticas en la historia familiar, extracción social, educación inserción comunitaria, situación económica, conductas abusivas, etc.

IV. Los puntos de pericia relevantes para el caso de *familias en crisis* deben contemplar: a) experiencias previas, en este caso vinculadas a episodios de violencia familiar; b) la significación y la conducta familiar ante el evento; c) la historia de otras crisis familiares, los mecanismos de resolución de crisis, y los métodos que dispone la familia para salir de la crisis; d) Nivel de apoyo disponible; e) recursos familiares en general; f) nivel de aceptación de la ayuda.

Los puntos de pericia del trabajador social en el ámbito de la justicia, están vinculados a la **historia y antecedentes socio-familiares**, y a la **situación actual de la familia**, exigiéndonos el aporte de **variables macrosociales** en la lectura de estas situaciones familiares, para no caer en reduccionismos, ni determinismos.

Cierto es que el abordaje específico para casos de violencia familiar no responde a recetas, ni a protocolos, pero la respuesta sobre los puntos de pericia está a mi entender más o menos resuelta en los puntos desarrollados previamente.

Antes de concluir quisiera destacar que uno de los puntos de pericia más relevantes en estos casos, está vinculado a la detección de **redes sociales, familiares, institucionales, comunitarias** que haya tendido la familia, o que llegue a desplegar potencialmente, ya que esto constituiría un aporte muy valioso para la planificación de la intervención en casos de violencia familiar.

Desde nuestra función de peritos sociales, la lectura sobre las redes disponibles (o inexistentes) es fundamental en una evaluación diagnóstica, en tanto se orienta hacia el rescate de las capacidades potenciales que permiten a individuos y familias construir nuevas alternativas de resolución de las crisis que atraviesan.

Finalmente destacar que la pericia social es una herramienta específica de nuestra disciplina, y tiene carácter de tal por su rigurosidad metodológica, por estar construida a partir de la aplicación de técnicas de investigación, y porque recurre a los aportes de marcos teóricos.

Es en este sentido que considero que dentro de una evaluación diagnóstica, no debemos olvidar contemplar -además de aportes teóricos y conceptuales específicos a la violencia familiar y doméstica- la legislación vigente en Argentina, que nos da un marco jurídico de actuación, y legitima nuestros análisis, en este caso:

-Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. (Ley N° 26061).

-Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en el Ámbito Familiar y las Relaciones Interpersonales. (Ley N° 26485).

-Ley N° 24417, de Protección contra la Violencia Familiar.

Pero lo más importante que aportan los testimonios en los casos de violencia de género o violencia doméstica, radica en la construcción de la *subjetividad* de los niños, niñas y adolescentes. Corre el foco del análisis fácilmente -o tradicionalmente- puesto en la *familia* o en la *mujer*.

Las trayectorias y experiencias de vida de las familias tienen puntos de encuentro y desencuentro (“ciclo vital” de las familias). Podremos entonces valorar cada caso desde su particularidad y especificidad. Hay una historia vital detrás de cada testimonio, en ella puede valorarse la construcción de la personalidad, la identidad, los rasgos, el carácter, la *subjetividad*.

Cada integrante de la familia significa su existencia, va construyendo relacionamente representaciones sociales en torno a los roles paterno y materno, en torno a la conducta violenta, en torno al maltrato verbal o físico, con respecto a la vida familiar, y a la relación con el otro. Es importante acercar estas perspectivas a los actores implicados en un proceso judicial. Encontramos el fundamento de lo anterior en el derecho de los niños, niñas y adolescentes, que se dirige a resguardar el interés superior del niño. Es un principio fundamental que nos permite superar las decisiones arbitrarias, autoritarias, paternalistas, desprendernos de antiguos paradigmas que se derivan del “Patronato del Estado” y del “Estatuto del Menor”. Las normas que regulan a la infancia en nuestro país, entienden que a efectos de la ley, el interés superior del niño/a y adolescente constituye la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley; debiéndose respetar:

- Su condición de sujeto de derecho.
- Su derecho a ser oídos, y que su opinión sea tenida en cuenta.
- El pleno desarrollo personal de sus derechos en un medio familiar, cultural y social.
- Su “centro de vida” (lugar de desarrollo).
- Su edad, su capacidad de discernimiento, su grado de madurez y demás condiciones personales.

Por otra parte, nuestro rol como trabajadores sociales no debe atender contra las garantías mínimas de los procedimientos judiciales que implican a niños, niñas y adolescentes. Nos comprometemos además a favorecer estas garantías que consisten en:

- Ser oídos por la autoridad competente cada vez que así lo requieran los niños, niñas y adolescentes.
- Que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte.
- Ser asistidos por profesionales preferentemente especializados en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.
- Participar activamente en todo el procedimiento, etc.

#### **1. Los derechos de niños, niñas y adolescentes, Sistema de Protección Integral y Reforma del Código Civil.**

##### **Marco normativo**

- ▶ Constitucional (nacional, provincial)
- ▶ Legislación nacional (general: Código Civil; especial: ley 26061, decreto reglamentario 415/06)
- ▶ Legislación provincial
- ▶ Leyes Ministerio Público (nacional y provincial).

## **Paradigma de la Protección Integral**

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- ▶ El desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste. El alto tribunal aclaró también que entre estos derechos están los económicos sociales y culturales.

### **Ámbito Nacional**

- ▶ Ley 26061
- ▶ Decreto reglamentario 415/06
- ▶ Objeto: regular la protección integral de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio argentino y contemplados en legislación nacional y tratados internacionales de derechos humanos especialmente Convención Internacional Derechos del Niño.

### **Convención Internacional Derechos del Niño**

- ▶ Ley 26061 arts.1 y 2: *“es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad”*.

### **Convención Internacional Derechos del Niño**

- ▶ Artículo 3°
- ▶ Artículo 5°
- ▶ Artículos 7°,8°
- ▶ Artículo 9°
- ▶ Artículo12°
- ▶ Artículo 24°
- ▶ Artículo 27°
- ▶ Artículo 41° y ccs
- ▶ C.N.: Art.75 inc.23°.

### **Ley 26061**

- ▶ **Legitimación Procesal Colectiva:** *habilita a todo ciudadano a interponer acciones administrativas y judiciales (art.1°)* con el objeto de restaurar el ejercicio y goce de derechos ante omisión en observancia de órganos del Estado argentino.

#### **Principios generales de la Ley 26061**

- ▶ Consagra protección integral de niños y adolescentes
- ▶ Derechos y Garantías son de *“orden público”*
- ▶ Sujetos protegidos: *“0 a 18 años de edad”* en armonía con artículo 41 Convención
- ▶ Define el concepto de Interés Superior del Niño
- ▶ Principio de Prevalencia (colisión de intereses)
- ▶ Derecho a ser oído
- ▶ Capacidad Progresiva: armonizar con Código Civil
- ▶ Respeto a su *“centro de vida”*
- ▶ Jerarquiza interés y responsabilidad familiar y comunitaria
- ▶ Principio de Inclusión Social: *familia inclusiva*

### **Lineamientos Ley 26061**

#### **Principios Procesales Artículos 27 a 31, 41 inc. F) y concordantes**

- ▶ Artículo 27: Garantías mínimas en sedes administrativas y judiciales
- ▶ Artículo 28: Principio de Igualdad y No discriminación.

- ▶ Artículo 29: Principio de efectividad.

### **Garantías mínimas en sedes administrativas y judiciales**

- ▶ A ser oído
- ▶ A que su opinión sea tomada en cuenta
- ▶ A ser asistido por un abogado
- ▶ A participar en todo el procedimiento
- ▶ A recurrir ante el superior.

### **Principio de efectividad**

- ▶ Efectivo cumplimiento de derechos y garantías
- ▶ Receptar denuncias
- ▶ Prevención y Reparación del daño
- ▶ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

## **2. A modo de conclusión:**

La intervención pequeña, pero crucial que desarrollamos en el marco de los procesos judiciales/administrativos, nos desafía a plantear la mirada desde un enfoque *social*, de *derecho*, y en el caso de los niños/as y adolescentes, un enfoque de *interés superior*. Si tenemos que homogeneizar, o “nivelar”, será entonces en materia de garantías y derechos, obligaciones de sus pares, protección y resguardo. Y si tenemos que “particularizar”, será para referirnos a cada caso, como una historia única, subjetiva, que conjuga elementos del contexto (situación social, espacio social, redes sociales), elementos subjetivos (vivencias personales, núcleo de convivencia, personalidad, aptitudes, etc.).

Tradicionalmente el rol del trabajador social está vinculado a aportar elementos desde la “opinión de un experto”. En el desarrollo del punto anterior destacué el papel del trabajador social como un profesional capacitado, apto, idóneo, con vasta experiencia en el análisis y abordaje de casos, entrevistas domiciliarias, diagnósticos sociales, análisis familiares, problemáticas sociales. En este sentido es un recurso excepcional entre los actores implicados en los juicios orales. Es quien ha tenido contacto directo con las partes, muchos casos en los ámbitos de su vida cotidiana, a través de la técnica de la *Visita Domiciliaria*.

La visita domiciliaria es una técnica de tipo investigativo y/o de intervención, constituida principalmente de técnicas complementarias de observación y entrevista, que permite el acercamiento e interacción del profesional con el contexto interno (integrantes de la familia) y externo (grupos y comunidad) de la realidad familiar.

Sin embargo existe un nuevo paradigma en lo que respecta a la elaboración de la “pericia social”, que tiene que ver con un **enfoque de derechos**. Lo que se pide no es saber lo que necesita el niño, niña o adolescente, sino cuáles son sus derechos vulnerados, y dependiendo del caso, cómo se obtendría el efectivo goce de estos derechos.

El instrumento de trabajo, el producto de nuestra investigación que se concreta y materializa en el cuerpo de la pericia social, debe adecuarse al ámbito desde donde se hará uso, los fines a los que está destinado y conjugar estos objetivos, con la mirada del trabajo social, sin desembocar en un “todo” que por holístico, pase a ser eclético; que por favorecer, incurra entorpeciendo un análisis, o jugando en contra en un proceso judicial.

Lo advierten los especialistas<sup>3</sup>: “cuando se solicita un peritaje social, éste debe centrarse sólo en lo que solicita el Fiscal, y no en otra cosa. Si el fiscal solicita dinámica relacional de la madre con el hijo, y posibles ganancias que pueda tener la madre en la denuncia de un abuso sexual en contra de su ex pareja, entonces debe informar de ello exclusivamente. Si el defensor solicita un informe de arraigo social y sólo eso, de nada más puede versar el peritaje, pues todo lo ajeno puede ser contraproducente en la teoría del caso de quien solicita la pericia, y puede ser utilizado por la parte contraria en su beneficio. De esta forma el perito social incorpora en su trabajo el principio adversarial, indispensable para un debido proceso.

Pero además de lo anterior, los trabajadores sociales han de ajustar su trabajo también a otros elementos, nacientes de este nuevo sistema, y que pasaremos a revisar:

Un peritaje tiene básicamente cuatro límites:

- Los límites y normas de la técnica utilizada.
- Los límites y normas de la ética profesional.
- La ley.
- Los derechos humanos.

Otro caso es “cuando un perito social realiza su trabajo por encargo de un defensor, debe estar consciente de que lo que está en juego es el derecho a la defensa, garantía fundamental del debido proceso, y sin que ello afecte su objetividad como perito, debe proceder en el estricto margen dado por la solicitud del defensor, pues salirse de ese margen es en definitiva vulnerar el derecho a la defensa de forma ilegítima. Además, tanto las técnicas utilizadas como cualquier tipo de intervenciones realizadas en el desarrollo del peritaje deben adecuarse al respeto a los derechos humanos, la ley y la ética, además de las reglas de la pericia social encargada.”<sup>4</sup>

“Si en cambio, el peritaje es solicitado por el Fiscal, el perito debe también centrarse exclusivamente en los requerimientos prescritos por el fiscal, manteniendo su objetividad dentro de dicho margen. Salirse de éste, implica debilitar las herramientas del fiscal para justificar su acusación, establecer los medios adecuados para continuar su investigación, en definitiva, entorpece la persecución de los delitos, en perjuicio directo de la víctima y de la investigación.”<sup>5</sup> En materia de familia, el peritaje solicitado por el juez o jueza de familia debe centrarse en los derechos vulnerados, y recomendar por ende las formas más adecuadas de dar efectivo goce a estos derechos.

---

<sup>3</sup> Sergio Andrés Henríquez Galindo: “El Peritaje Social con enfoque de derechos, nuevos paradigmas a partir de las reformas judiciales”. Consultora Puente. Doc. En PDF para uso del curso “El Trabajo Social y las Pericias Judiciales”. *Margen*.-

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

**Curso Intensivo sobre Microtráfico de  
Estupefacientes**

**Año 2014**



## Introducción

En el marco de las actividades académicas de la Escuela de la Magistratura organizadas durante el año académico 2014 y de acuerdo al Protocolo firmado entre el Ministerio de Justicia de la Provincia de Salta, la Escuela del Ministerio Público y la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial, a través del Departamento de Formación Continua, se realizó el Curso Intensivo sobre “Microtráfico de Estupefacientes” cuyo dictado estuvo a cargo de los Dres. Ricardo Casal (Ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires), Alejandro Moyano (Fiscal General de la Provincia de Córdoba), Cintia Pamela Calletti (Ministra de Justicia de la Provincia de Salta), Alejandro Guillermo Weiss (Vocal de la Cámara en lo Criminal 3º Nom. de la Provincia de Córdoba), Gustavo Atilio Rodríguez Fernández (Juez de Control de Lucha contra el Narcotráfico de la Provincia de Córdoba), Ángela Ester Ledesma (Juez de la Cámara Nacional de Casación Penal), Maximiliano Hairbedian (Fiscal General ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de la Provincia de Córdoba), Cristina Rosa Vázquez (Licenciada en Criminológica UBA. Magíster en Estupefacientes), Dra. Ángela Manes Marzano (Bioquímica del Cuerpo Médico Forense del Laboratorio de Toxicología del Poder Judicial de la Nación), Federico Guillermo Storni (Director General de la Policía Judicial de la Provincia de Córdoba), Dra. Patricia Quiroga (Titular de Cátedra de Toxicología UBA), María del Carmen Falbo (Procuradora General de la Provincia de Buenos Aires), Eduardo Quattropani (Procurador General de la Provincia de San Juan) y Pablo López Viñals (Presidente Rector de la Escuela del Ministerio Público).

Las conferencias magistrales abordaron los siguientes temas: 1. Estupefacientes: introducción a las cuestiones políticas, criminológicas y jurídicas de su abordaje, 2. Derecho de Fondo y Procesal profundizado sobre Estupefacientes y 3. Estupefacientes: ciencia, técnica pericial e investigación auxiliar aplicada.

Fruto de la intensa actividad desarrollada desde el 3 al 7 de noviembre, los asistentes formularon trabajos finales para aprobar la capacitación, entre los cuales la Escuela de la Magistratura seleccionó, por su pertinencia y rigor científico, tres de ellos para ser incluidos en esta publicación: “Implicancia de la pericia social en el marco de la ley provincial de estupefacientes” de Mirian Noemí Clemente, “Algunos aspectos procesales de la implementación de la ley 26052 en la Provincia de Salta. Una mirada desde la defensa” de Pedro Pablo Curotto y “Derecho de fondo y procesal profundizado sobre estupefacientes” de Martín Herrera.



## **Implicancia de la Pericia Social en el Marco de la Ley Provincial de Estupefacientes**

**Por Mirian Noemí Clemente**

### **Resumen**

*El siguiente trabajo, tiene por finalidad, mostrar cual es el aporte de la pericia social en las causas implicadas a partir de la inclusión del tratamiento de estupefacientes por la provincia de Salta. En este sentido, al ampliarse el alcance hacia la temática de los Estupefacientes, el perito asistente social también ve modificado su trabajo, en función de nuevas causas, las que en su mayoría incluyen una gran población marginal, en consumo y micro venta de estupefacientes. He aquí nuestra función, el poder acercar al Juez, a partir de un corte transversal, la realidad socio-familiar y comunitaria de cada persona que nos toca analizar, en calidad de imputado, contextualizando una situación problema, y en la medida de las posibilidades de cada caso, efectuar aproximaciones a modo de sugerencias. Como cierre, se efectuará una conclusión respecto de las implicancias surgidas en la pericia social en los casos de estupefacientes y desde el aporte del Trabajo Social en cuanto disciplina científica.*

### **Aproximaciones conceptuales sobre la Pericia Social Forense**

El Trabajo Social Pericial, es una rama del Trabajo Social, que busca conocer, a partir de una metodología científica, las características socio familiares de las partes involucradas en un conflicto, ya sea en el área civil o penal, y que, de acuerdo al criterio del Juez, solicitará mediante oficio, puntos de investigación o pericia.

Es asimismo un campo en permanente construcción, al igual que la disciplina misma del Trabajo Social, puesto que la permanente evolución social, conlleva a una necesaria revisión del rol profesional, así como de sus diversas especialidades, en tanto el Trabajo Social Forense requiere de una gran dosis de actualización y búsqueda teórica, así como una importante experiencia práctica, la que se va forjando en el día a día mismo a partir de los casos en los cuales se intervienen.

En este sentido, los principales aportes del Trabajo Social Forense, tiene en cuenta los lineamientos de los siguientes pensamientos teóricos:

- Psicología y Psicoanálisis
- Sistémica
- Teorías Comunicacionales
- Sociología
- Criminología
- Antropología, entre las más utilizadas.

Asimismo, cada Situación-Conflicto en la cual se interviene, requiere de estudio en la materia, a fin de poder efectuar la detección pertinente de los indicadores de riesgo, teniendo en cuenta que se trabaja a partir de una mirada particular, (metodología inductiva), puesto que cada persona en su contexto de vida cotidiana es diferente, y por tanto requiere de una mirada y valoración particular, libre de generalizaciones.

## **Objetivos de la Pericia Social**

-Conocer y evaluar el medio familiar, en su integración y conformación interna, dinámica, roles, interrelaciones, así como vinculación con el medio comunitario.

-Reconocer problemáticas individuales que afecten la vida familiar.

-Caracterizar la inserción socio-comunitaria.

-Reconocer situaciones de vulnerabilidad, exclusión y riesgo social.

-Analizar críticamente y explicar la relación entre el sujeto y su contexto en los aspectos referidos a su vida cotidiana, modalidades y estrategias de supervivencia.

La pericia social, es por tanto, un análisis cualitativo de una construcción social, que da cuenta de la producción material de la vida de las personas, la estructura vincular de su grupo familiar, las características de su contexto social y el sentido de su acción social. "Su función es aportar información suficiente, objetiva, y precisa, utilizando la metodología de la investigación adecuada a cada caso".

Cabe resaltar que, en cuanto "diagnóstico social", se trata de una apreciación efectuada de modo transversal, respecto de una situación problema vinculada a un sujeto. Con esto quiere decirse, que se trata de una evaluación situacional, que puede modificarse acorde a la construcción - reconstrucción y cambio social.

## **Herramientas científicas del diagnóstico social pericial**

Cabe iniciar este apartado, observando que la misión del Trabajo Social Pericial, es la Re-construcción de la Realidad Social que implica la situación problema que dio origen a una causa judicial. Para esto, la función OPERATIVA es, CONOCER la vida cotidiana de las personas involucradas, su historia de vida, aspectos relevantes de la misma, su integración familiar, los aspectos tales como educativo, laboral, contextual, amigos, religión, aspectos afectivos, proyectos de vida, modos y estilos de vida, y todo aquel aspecto relevante que nos dé cuenta de la conducta socio familiar de las personas. Para esto, se dialoga con diversas personas, nos constituimos en el lugar, a fin de efectuar un acercamiento respecto de QUIEN ES la persona imputada, tal y como lo requiere la Causa que se está investigando.

Para la elaboración del Diagnóstico Social Pericial, se tendrá en cuenta un Marco Epistemológico, el que tiene estrecha vinculación con el Paradigma derivado de la Lógica Cualitativa de pensamiento, la que destaca las características subjetivas de la cuestión a investigar, se trata de ver "el todo", más que la simple suma de partes, describiendo estas "partes", para poder "construir" una realidad social, la que se encuentra "velada", a partir de una metodología desde la lógica Interpretativa.

La metodología por excelencia es la cualitativa en sus diversas manifestaciones, en tanto, si bien no se descartan ni excluyen los datos objetivos y cuantitativos, éstos son complementarios a la pericia social forense.

Siguiendo con las herramientas metodológicas, será fundamental la técnica de la Entrevista, ya sea en Sede o en Domicilio, la cual es semi-dirigida, buscando generar transferencia con el interlocutor. La implicancia de que se efectúe en sede o en domicilio, tendrá que ver con los objetivos prefijados, el tema a investigar, en cuanto en ocasiones de delitos complejos, como el abuso sexual,

será importante poder efectuarlas en un marco de mayor privacidad, independientemente de que se constituya un primer contacto en el domicilio.

Cabe expresar que la herramienta por excelencia del Trabajo Social, resulta la visita domiciliaria. En el Perito Asistente Social del Poder Judicial de Salta, se efectúa este tipo de intervención en todos los casos, lo cual brinda un conocimiento participativo, de la comunidad de pertenencia, acercando al perito al lugar donde residen las personas, dato fundamental, de modo que tales aspectos deberán ser luego plasmados en el informe, de modo de poder dar a conocer, las características geográficas como habitacionales de las personas, teniendo en cuenta que en nuestra provincia, se destaca la gran diversidad geográfica y cultural, siendo aspectos fundamentales a tener en cuenta para la comprensión y contextualización de las situaciones-conflicto que se investigan.

Otra técnica por excelencia, resulta la Observación, la que viene generalmente integrada a la Entrevista. Tal herramienta nos permite develar el comportamiento no verbal, gesticular, y su concordancia o no, con lo que está refiriendo el entrevistado a modo discursivo.

En el ámbito del Trabajo Social Forense, una técnica muy requerida resulta la Consulta Vecinal. Debido a la imperiosidad de los magistrados en cuanto a su requerimiento, se trabaja en la misma, a fin de que se constituya con la mayor seriedad, atento a que se trata de un concepto vecinal, el cual resulta una apreciación subjetiva respecto de la persona por quien se consulta, y debe ser entendida como tal. Teniendo en cuenta su validación en cuanto a técnica científica, se entenderá como la búsqueda de datos, el cual tiende a tomarse de modo aleatorio, entre las personas allegadas al domicilio visitado, siendo la recogida a partir de la técnica de Saturación de Muestra, queriendo decir con esto, que, la toma de datos se limita y/o se da por finalizada en cuanto entre una y otra muestra, ya no existe un aporte significativo sobre la persona por quien se consulta.

Respecto de las herramientas de registro de los datos, la más utilizada resulta el registro escrito de la entrevista, a partir de las palabras, gestos, paisajes, aspectos habitacionales, comunitarios, los que a posterior tendrán el debido tratamiento.

No se descarta el análisis de documentos, tales como lectura del expediente, libretas escolares, sanitarias, planillas, etc. que nos permitan una mejor comprensión de los aspectos estudiados.

### **Tratamiento de los datos y técnicas de validación-verificación**

Para la línea científica pura, la metodología científica de corte cualitativo, tiende a ser minimizada, inclusive desvalorizada, en cuanto se critica que no posea un método de contraste que conlleve a la absoluta certeza de lo que se está diciendo. Aunque, cabría preguntarse, ¿qué ciencia es exacta actualmente?, entendemos que toda disciplina que tenga como objeto al Hombre, no puede gozar de una precisión absoluta, por la misma naturaleza humana cambiante, aunque los “números”, tampoco lo tienen ya.

Pese a las diferencias de pensamiento con las líneas científicas más rígidas, la ciencia cualitativa tiene métodos propios de contraste, como la Triangulación de los Datos. Aplicado al Trabajo Social Forense, se trata de poder tomar datos de distintas fuentes (visita domiciliaria, entrevista al imputado, entrevista a familiares, por ejemplo), y poder entrecruzarlas, a fin de brindar mayor validez y confiabilidad a los datos.

El procesamiento de los datos tiene como base principal, el registro que se efectuó de las entrevistas, como los registros de los aspectos habitacionales, vecinales, así como los datos no verbales que resultaron relevantes.

De la lectura de los datos registrados, los que resultan Datos Significativos, surgen los indicadores de la situación problema. Una integración de los mismos conlleva una lectura a partir de la Técnica de Análisis de Discurso y/o Análisis de Contenido. Tales derivan del arte de la hermenéutica, el cual tiene por finalidad el hallazgo de la “verdad”, en el caso de estas técnicas, de los contenidos ocultos, que hay en las palabras, tal es en el análisis discursivo, y de los textos en el caso del análisis de contenido.

El resultado de tal lectura, implica el hallazgo de los Indicadores de Vulnerabilidad y Riesgo de reproducción de los eventos que se indagan y deben plasmarse en el correspondiente diagnóstico técnico.

### **La pericia social en causas de microtráfico de estupefacientes.**

En la ciudad de Salta, la inclusión de causas de microtráfico de estupefacientes tiene sólo un año en antigüedad, lo que conlleva a que se trata de una práctica incipiente, y diaria respecto del modo de intervención en las mismas.

Básicamente, la labor es la misma, es decir siguiendo la finalidad de la pericia social para otras causas, aunque teniendo en cuenta la valoración respecto de una problemática diferente.

La casuística llevada a cabo, nos brinda indicadores claros, respecto de los indicadores socioeconómicos de la población en cuestión, y en su gran mayoría vinculada al consumo. Tales condiciones de vida, nos informa respecto de los parámetros de marginalidad y exclusión social con la que trabajamos en este tipo de causas, tales aspectos, podrán ser valorados en el siguiente ejemplo.

**Observaciones:** *el siguiente caso, es un resumen de una pericia social efectuada en el corriente año, y busca plasmar el modo operativo de trabajo, así como el aporte concreto de la pericia social. Los nombres y otros datos o identificatorios, fueron modificados, a fin de preservar la identidad de la persona imputada.*

**Causa:** Proceso Sumarísimo-Flagrancia

Imputado: Juan L.

#### **Grupo conviviente del imputado (No Familiar)**

-C. Irene (52 años). (Almacenera)

-P. Aldo (54 años). (Jubilado) Pareja de Irene

#### **-L. Juan. (29 años). Alias “Marcela”. Trabajadora Sexual**

**Entrevista con el imputado:** (detenido): prefiere que se lo denomine “Marcela”, tal su condición de género transexual. De origen peruano, manifiesta haberse criado junto a sus padres y hermanos, habiendo cursado estudios primarios y secundarios en su país de origen, aunque manifiesta que hace aproximadamente cuatro años llegaron a la Argentina por razones laborales.

Afirma que es consumidora de drogas desde que llegó a esta ciudad hace aproximadamente tres años, ejerciendo la prostitución como modo de sobrevivencia, no teniendo otros oficios. Si bien tuvo pareja, actualmente se encuentra soltera, no teniendo hijos.

Describe que se encuentra residiendo junto a una pareja de personas mayores que le permiten ocupar una pieza, y le brindan comida. No mantiene contacto con su familia de origen.

Refiere como su principal problema, la adicción a las drogas, siendo consumidora diaria de "pasta base". Todo lo que gana suele gastarlo en el consumo de drogas. Tal es la razón que observa para su detención, puesto que al momento de producirse su aprensión, se encontraba consumiendo. Afirma no tener estupefacientes para su venta.

A raíz de su adicción, refiere que fue internada de urgencia hace unos meses atrás, para desintoxicación, aunque a posterior no inició tratamiento rehabilitatorio. Se explaya en la descripción de intentos de suicidio, siendo éstos en ocasiones de consumo de drogas. Menciona otras instancias en las que "cayó", por similares razones a la actual.

**Entrevista con referentes familiares:** se mantuvo diálogo con la señora Irene y su pareja Aldo. Refieren que aprecian a Marcela, y decidieron cobijarla en su domicilio, *"la veíamos tirada, en las esquinas, y los changos se aprovechan"* puesto que en principio la dejaban dormir en la camioneta de su propiedad, en el garaje de la vivienda. A posterior le permitieron dormir en una habitación desocupada de su domicilio, *"ella es muy buena, no se mete con nadie, nos dice papá y mamá"*, inclusive relatan que suele acompañarlos al mercado donde poseen un puesto de venta. Asimismo relatan que solían llamarle la atención por las *"juntas"*: *"a veces se enoja y se va con los changos"*.

En la estancia en su domicilio, nunca les ocasionó problemas, ni les robó, tampoco conocen de inconvenientes con otros vecinos, puesto que el consumo lo suele efectuar con jóvenes de las barriadas contiguas, en las esquinas baldías. Conocen de su adicción, la que es cotidiana, y en ocasiones descuida su aseo personal.

Respecto de familiares, observan que la conocieron sola, aunque se encontraba en pareja, una persona violenta y conflictiva.

**Aspecto habitacional y económico:** el imputado se encontraba residiendo al momento de su detención en calle x, tratándose de villa Juanita. No así en el domicilio oficiado, el que se trataría de una vivienda que ocupan los hijos de la señora Irene. La vivienda visitada reviste indicadores de precariedad estructural.

Obsérvese que la zona de residencia, se trata de un lugar de alta peligrosidad, con proliferación de personas en consumo de sustancias, teniendo en la esquina un terreno baldío, donde suele darse el encuentro de personas para el consumo de sustancias adictivas. Al momento de efectuada la visita domiciliaria, se dio en este marco, motivo por el que no pudo completarse la correspondiente consulta vecinal, ya que no se dieron las condiciones de seguridad mínima para la deambulación en el lugar.

**Aspecto técnico:** de acuerdo a los datos relevados, se obtiene que el imputado, JUAN L., es una persona que presenta una condición de género auto percibido como travesti, se hace denominar Marcela.

Se encuentra en la Argentina sin documentación, y en esta ciudad de modo ilegal, hace aproximadamente tres años, no manteniendo vínculo con su familia de origen, quienes residirían en Buenos Aires.

Pudo efectuar una escolaridad básica, incompleta, en su país de origen, aunque desde su adolescencia observó carencia de espacios formales de

inserción, como la escolaridad, iniciándose en la deambulacion en la calle y consumo de drogas.

Observa que a su llegada a la Argentina se propició un mayor consumo y marginalidad, llevando al ejercicio de la prostitución como forma de sobrevivencia. Presenta una adicción de largos años, haciéndose notorio el deterioro en su aspecto físico en relación a su edad, tratándose de una persona joven. Cabe observar, que se dificultó la entrevista, ya que si bien mantuvo predisposición al interrogatorio, observó problemas en la verbalización, lo que podría ser un indicador de abstinencia, aspecto que podrá ser develado desde la correspondiente pericia médica.

Ante los eventos imputados, reconoce consumo aunque no la venta, aspectos coincidentes con las personas con quienes habita. Presenta un estado de vida en situación de calle y alta marginalidad, con vagabundeo en banda, donde posee un posicionamiento pasivo y de dependencia hacia los demás.

Familiarmente, no cuenta con un grupo estable de contención emocional, lo que propicia además la vida itinerante.

Por los indicadores mencionados, se trata de una persona vulnerable, de alto riesgo social de reinsertarse en actividades trasgresoras, en la medida en que mantiene hábitos marginales y por fuera de las leyes formales como modo de sobrevivencia. –

### **Apreciaciones finales respecto de la implicancia de la pericia social en el marco de la nueva ley de microtráfico de estupefacientes**

#### **Llegado a este punto, cabe poder efectuar una evaluación, respecto de algunos puntos en torno al aporte de la Pericia Social en Causas de Microtráfico de estupefacientes:**

En principio, rescatar las generales respecto de la población que se abarcó hasta la fecha, teniendo las siguientes características en común:

-Alta Marginalidad: vinculado al estilo de vida itinerante, de vagabundeo y situación de calle.

-Adicción a las drogas: de larga data, sin tratamiento.

-Pertenencia a grupos comunitarios de alto riesgo: determinado por la marginalidad del lugar de pertenencia, “a los márgenes”, de la ciudad, con proliferación de personas en deambulacion constante, sin actividades prefijadas.

-Precariedad Habitacional: en ocasiones se asemejan a “aguantaderos”, con escaso espacio y orden y aseo deficitarios.

-Familias altamente disfuncionales: muy numerosas, ensambladas, con autoridad y límites difusos. En ocasiones ausencia de referentes familiares.

-Antecedentes penales familiares: ya sea del mismo imputado/a o bien de otros familiares.

-Nivel educativo básico e incompleto: en los casos analizados, escasamente las personas finalizaron sus estudios primarios, mientras que en menor medida, la culminación de los estudios secundarios. En ninguno de los casos se obtuvo registro de estudios a nivel terciario – universitario.

Asimismo en los casos en que la misma persona describe la venta de estupefacientes, o bien surge de la estructura familiar/vecinal, se observa un comercio de sobrevivencia, entendiéndose por tal, que el comercio efectuado no logra cubrir todas las necesidades básicas del vendedor, sino que se efectúa como venta de una mercancía más en el mercado. No se observó en ninguno de los casos en los que se intervino, una estructura familiar perteneciente a la Franja

de la no pobreza, sino tratándose de Familias enmarcadas en la Pobreza Crónica e Indigencia.

En este sentido, podemos enmarcar a la situación problema del microtráfico, como un problema social, que tiene una visibilización notoria en las clases sociales “marginales”, donde el consumo es un modo de vida, y de sobrellevar las ausencias y carencias, tanto económicas, como emocionales, y que la venta se enmarca como parte de la sobrevivencia diaria, una posibilidad de obtención de una ganancia, ante una mercancía preciada, debido a la alta demanda.

Como reflexión final, cabe expresar que, la técnica pericial del Trabajo Social, debe constituirse en un aporte para la Causa que se investiga, a partir de la descripción misma de las variables contextuales de la persona por quien se solicita el informe, desde una mirada sistémica, integradora. Es la responsabilidad de cada profesional, el poder construir cada vez, informes periciales de mayor calidad, los que tienen que ver con el estudio, análisis e interpretación de los datos, brindando un aporte serio, de corte científico, que no sólo sea útil al expediente, sino a la profesión misma, a partir del reconocimiento de nuestra disciplina en cuanto su posibilidad de utilización de técnicas tomadas de la ciencia cualitativa, las que posibilitan el enriquecimiento de la disciplina, y su reconocimiento en el ámbito judicial, el que puede notarse en el creciente número de pedidos de pericia social, no sólo por una cuestión designada desde el código de procedimiento, sino que se hace notorio en las causas elevadas a juicio oral, donde también debe darse cuenta de los datos plasmados en los informes.

“Casi nunca vemos la realidad.

Lo que vemos es un reflejo de ella  
en formas de palabras y conceptos que enseguida  
confundimos con la realidad”

De Mello

### **Bibliografía Consultada**

-Yuni, José – Urbano, Claudio. Mapas y Herramientas para conocer la escuela. “Investigación Etnográfica, Investigación Acción”. Ed. Brujas. Córdoba. 2005. 3° Ed.

-Ponce de León, Andrés – Krmpotic, Claudia: “Trabajo Social Forense”. Ed. Espacio. Bs. As. Año 2012. 1° Ed.

### **Trabajos y Documentos Consultados**

-El Trabajador Social Forense: “Perfil Profesional, Cuestión Metodológica, Intervención en Zonas de Peligrosidad”. Cuerpo de Peritos Asistentes Sociales de las Asesorías Periciales Departamentales. Chile. Año 2005.

-Informe Socio Ambiental elaborado para Poder Judicial de Salta por Lic. Mirian Clemente. Año 2014.



## Algunos Aspectos Procesales de la Implementación de la ley 26052 en la Provincia de Salta. Una mirada desde la Defensa

Por Pedro Pablo Curotto

**Abstract:** *El presente trabajo plantea algunas cuestiones para el debate con motivo de la implementación en la Provincia de la Ley 26052, concretamente, en lo relativo a la aplicación generalizada del proceso sumarísimo, la imposición de prisión preventiva por la sola consideración del monto de la pena y en atención al bien jurídico reprimido por estas figuras, y la oposición a la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba.*

1) Entre los días 3 al 7 de noviembre de 2014, hemos asistido al “Curso Intensivo sobre Microtráfico de Estupefacientes”, organizado por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Salta, la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial y la Escuela del Ministerio Público de la Provincia de Salta, con la presencia de destacadas personalidades del ámbito nacional y local.

Durante el desarrollo del curso, se analizaron cuestiones relativas a la política criminal, aspectos penales y procesales penales, como también técnicos y de criminalística, en relación a la investigación y sanción de los delitos comprendidos en la Ley 26052, que “desfederalizó” la persecución penal del denominado “microtráfico” (1), en el que se incluyen las figuras delictivas previstas en los artículos 5 incisos c) y e), 5 penúltimo y último párrafo, 14, 29 de la Ley 23737.

Como ciudadano, celebro la decisión del Gobierno Provincial de asumir la persecución penal de estos delitos que generan una auténtica y creciente preocupación en la sociedad, habiendo quedado demostrado con creces, que el Ministerio Público Fiscal, con una nueva organización jerárquica, flexible y descentralizada, adecuada a un sistema acusatorio y, llevando adelante una persecución penal inteligente –contando además con los recursos adecuados– puede lograr resultados muy importantes (2).

Sin embargo, desde una visión de la defensa del imputado, surgen algunos cuestionamientos en relación a la aplicación de ciertos institutos procesales (proceso sumarísimo-prisión preventiva) y de la ley de fondo (suspensión del juicio a prueba) en las causas en que se investigan las mentadas infracciones a la Ley 23737, que en el presente trabajo pretendo dejar planteadas para el debate y la reflexión.

Sin dudas en materia penal se da siempre una tensión entre el interés social, representado en el proceso por el Ministerio Público Fiscal, que se sancionen de manera efectiva estos delitos y, por el otro, el de la persona sometida a proceso. (3)

Generalmente, la postura de la defensa penal resulta ingrata o incomprendida por su posición crítica y de tutela de un interés individual, frente a ese interés general y a la actuación de quienes legítimamente detentan el poder de persecución penal, pero ésta es la misión que constitucionalmente se nos ha encomendado y lo que se espera de este rol en el proceso acusatorio (4), por lo que no podemos dejar de callar nuestras objeciones y proponerlas para su discusión.

2) En relación a la **aplicación del proceso sumarísimo**, se ha observado que su aplicación constituye la regla en todos los casos de infracción a la Ley 23737. Sin embargo, más allá las excepciones previstas legalmente (ausencia de flagrancia-complejidad) algunos consideramos especialmente que no corresponde su aplicación a los casos que se inician con la petición ante el Juez de Garantías de una orden de allanamiento, secuestro y detención. Esta modalidad de procedimiento, debemos señalar, se presenta en no pocos casos, dado que ésta suele ser la técnica de investigación empleada mayormente para la represión de este tipo de delitos. (5)

Desde el punto de vista de la persona sometida a proceso penal, **no resulta indiferente** que el proceso tramite bajo la forma del proceso sumarísimo (art. 276 y ss del CPP) o del común (art. 280 CPP), por lo que debe analizarse con **carácter restrictivo** (art. 1 e) del CPP).

En tal sentido, sabemos que los plazos de duración de la investigación son extremadamente breves, por lo que se dificulta la recolección de elementos de prueba y, atento a la demora normal de los trámites recursivos muchas de las cuestiones –como el control por vía de apelación de la imposición de la prisión preventiva- se vuelven abstractas. También se dificulta notablemente la aplicación de las normas de conexidad previstas por los arts. 3 y 4 de la Ley 26052, ello, desde que se ha observado que en no pocos casos los procedimientos se llevan a cabo en contra de personas respecto de las que ya existen en trámite actuaciones en la Justicia Federal.

En el proceso sumarísimo, tampoco se cuenta con una etapa crítica que permitirá eventualmente el control judicial de la acusación ya sea pidiendo el sobreseimiento, planteando excepciones, oposición a la calificación jurídica o la interposición de nulidades (habida cuenta que la audiencia del art. 277 del CPP sólo se encuentra prevista a los fines del ofrecimiento de prueba, a diferencia de lo que sucede en el proceso común en el marco del art. 435 CPP). (6)

Por último, tampoco contará el imputado con la posibilidad de solicitar la intervención de un Tribunal colegiado en la etapa de debate, conforme lo autorizaría el art. 40, segundo párrafo del CPP, de acuerdo a la interpretación de la Corte de Justicia de Salta (7). Ello no obstante, que se imputa generalmente el delito de Tenencia de Estupefacientes con fines de Comercialización, conforme art.5) inc c) de la Ley N° 23737, y tiene conminada una pena en abstracto, que va de los cuatro a quince años de prisión y la formación de un Tribunal Colegiado implica una mayor garantía (8).

Sentado lo expuesto, entiendo que en los casos de inicio del proceso por un pedido de allanamiento, registro o detención por parte del Ministerio Público Fiscal, no corresponde que tramiten por este régimen. Y es que en estos casos, el proceso **no se inicia** con la detención de los imputados y el secuestro de la sustancia estupefaciente en su poder, sino con la petición que la Fiscalía formula ante el Juez de Garantías. En tal sentido, ya lo había señalado oportunamente el Tribunal de Impugnación, que en estos casos, el proceso se inicia por el dictado de cualquier **medida que implique una injerencia** en los derechos del imputado.

Así, se había dicho que *“En principio el plan del nuevo Código, la competencia del Juez de Control recién se habilita con el decreto de apertura de la investigación penal preparatoria. Salvo, claro está, **cuando antes del Decreto de Apertura el Fiscal no solicitó una medida de afectación de derechos fundamentales de un individuo**, la que no puede ser despachada por otra autoridad que la jurisdiccional; o salvo también, que no se haya producido una*

*privación de libertad por flagrancia, en cuyos casos resulta insoslayable la actuación de la Magistratura de Control. Es que en estos excepcionalísimos supuestos, la naturaleza de la actuación (con independencia de nomen iuris de la etapa) será relevante para habilitar la competencia en el caso del Juez de Control, como también para establecer el inicio del proceso. “En este sentido puede verse la doctrina del fallo Suárez Rosero en el que la CIDH claramente dijo que debía tomarse la fecha y el hecho de la detención del imputado como el momento de inicio del proceso”. (9)*

Si bien este fallo guardaba relación con el inicio del cómputo del plazo en relación al art. 256 del CPP (según Ley 7690), lo cierto es que su fundamento teórico no deja de perder vigencia para la cuestión que aquí se plantea.

Por lo tanto, en este tipo de casos, entiendo que el proceso bajo análisis, se inicia con el pedido de allanamiento formulado por el Ministerio Público Fiscal, y, por lo tanto, **se inicia bajo las formas del proceso común**, por lo que no puede a posteriori –de resultar positiva la medida- disponerse su conversión en sumarísimo. Cabe mencionar que esta posibilidad **no** se encuentra legislada en el Código Procesal, aunque sí la inversa (conversión de procedimiento sumarísimo en común -art. 273- CPP).

Y es que el resultado positivo del allanamiento es **una de las posibles alternativas que tiene el proceso así iniciado**. Y pienso en el caso en que el Juez de Garantías se niegue a autorizar la injerencia (únicamente por no reunirse los recaudos legales)- **abriéndose una instancia recursiva** o de profundización de la investigación para el Ministerio Público Fiscal, a fin de que vuelva a peticionar o no la medida ante el **mismo Juez** (constituiría una falta completa de lealtad procesal que ante la negativa de un Magistrado, se recurra con los mismos fundamentos ante otro para obtener la habilitación de la medida).

Otra alternativa, no poco frecuente, es cuando **el allanamiento ordenado arroja resultado negativo**, lo que puede determinar que el Ministerio Público Fiscal no cuente con elementos suficientes para formular el decreto de citación a audiencia de imputación, pero sin dudas, ante la intromisión en los derechos de los imputados, sí puede hablarse de la existencia de un **“proceso”** y del derecho del imputado a que en un plazo razonable se arribe a una resolución definitiva del mismo.

Por último, debemos decir desde la experiencia práctica que, si bien la defensa cuenta con el brevísimo plazo de 24 hs. a partir de la audiencia de imputación para oponerse a la aplicación del proceso sumarísimo, en caso de que la misma fuera rechazada por el Juez de Garantías, el recurso de apelación que resultaría admisible a la luz de lo normado en los artículos 271 y 272 del CPP (según la reforma de la Ley 7799), muchas veces se torna abstracto ante la brevedad de los plazos procesales en este tipo de procesos.

**3)** Otra de las cuestiones que se traen al debate, es la aplicación en numerosos casos de la **prisión preventiva**, prácticamente como regla, a contramano de lo dispuesto por las normas constitucionales vigentes en la materia, lo establecido por el propio legislador salteño en la ley procesal (art. 367 y cc. de Ley 7690) y la jurisprudencia nacional y local (10).

En tal sentido, el Tribunal de Impugnación ha anulado varios fallos en los que se dispuso la prisión preventiva dictada por los Jueces de Garantías a pedido del Ministerio Público Fiscal, en atención a la **imposibilidad de concesión de una pena de prisión en suspenso**, como **única variable** a tener en cuenta para la determinación del peligro de fuga (art 388, inciso a) del CPP), o en otros casos,

con la mera invocación de la gravedad de la conducta o la afectación a un bien jurídico de gran relevancia social, o invocándose genéricamente la existencia de medidas pendientes de producción.

Nuevamente la aplicación proceso sumarísimo ha conspirado en algunos casos para obtener una revisión oportuna del auto de prisión preventiva, atento a las demoras propias del trámite recursivo y la celeridad con la que se arribó al juicio oral, tornándose abstracta la cuestión. Sin embargo, en los casos que se resolvió oportunamente, corresponde resaltar algunos fallos del Tribunal de Impugnación que deben interpelar a los operadores judiciales sobre los requisitos que debe reunir la imposición de la prisión preventiva.

Al respecto, entre muchos pronunciamientos se ha señalado que: *“Entonces, en el presente caso se advierte que la Sra. Juez de Garantías, en la resolución atacada por el recurrente, hace **afirmaciones genéricas** sin expresar qué elementos de convicción tiene para sostener la **probabilidad de la participación** de los encartados y el **peligro de daño para el proceso desdoblado en las posibilidades de fuga o entorpecimiento de la investigación**, de lo cual surge palmariamente que si bien menciona las pautas legales, de modo alguno las vincula a la investigación...corresponde declarar la nulidad de la resolución de prisión preventiva”*. (11)

En relación a la ausencia de valoración de la existencia de “**peligro procesal**”, se ha dicho que *“...A más de lo dicho, cabe señalar que la resolución en crisis tampoco alude a **ninguna circunstancia referida al peligro procesal que sea independiente de la penalidad prevista para el injusto en investigación**. Se dijo en reiteradas oportunidades que la presunción de inocencia alcanza por igual a todos e impide que la detención resulte un anticipo de pena. Por ello el decisorio que encarcela anticipadamente a la sentencia sólo puede motivarse en la presencia de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. De suerte entonces que el auto atacado carece de motivación sus fundamentos enfocaron sólo la ley, y no las circunstancias concretas del caso, con las particularidades de los supuestos autores. Si lo que el juez vio es sólo la escala penal, lo que referenció es una categoría legal por la magnitud de la amenaza de pena en abstracto. Sin dejar de otorgar valor a la amenaza de pena efectiva para el dictado de la Prisión Preventiva esta condición es necesaria pero no suficiente, ya que requiere la **ineludible comprobación de peligrosidad procesal**. La referencia a esta última es obviada totalmente por el A quo, tornando nula la cautelar impuesta”*. (12)

Y en relación a la obligación del Juez de Garantías de analizar los **fundamentos** del pedido de prisión preventiva del Fiscal que: *“...la decisión de un Juez que no declara inadmisibles un pedido de prisión preventiva por inmotivado, paga el precio con la carencia de motivación de su propia resolución, o con la pérdida de imparcialidad (para el caso que decida hacer un esfuerzo argumental y sustituya al Sr. Fiscal que no dio razones de lo que pidió, dándolas en su reemplazo el Juez). En la dinámica acusatoria, cuando una de las partes no cumple su rol, no existe decisión jurisdiccional que pueda salvar la situación. El proceso mismo es el que se deteriora. Este vicio de falta de motivación de la petición de prisión preventiva se traspassa a la resolución que dispone la medida cautelar de privación de libertad, correspondiendo entonces declarar la nulidad de la petición de fs. 138 y del Auto de fs. 165/166, disponiéndose la inmediata libertad de los encartados...”*. (13)

En caso análogo, y en base a la **genérica invocación de peligro de entorpecimiento** de la investigación, se señaló que: “... *tampoco se satisface su fundamentación con la **sola enunciación** de diligencias de investigación pendientes, porque si eso fuera así, la regla que estaríamos estableciendo es que siempre corresponde la prisión, hasta que se complete la investigación, edificando al encierro como basamento general del proceso y no como excepción a la regla de la libertad. Para justificar la existencia de peligro de entorpecimiento de la investigación obviamente debe existir investigación pendiente, con diligencias faltantes. Pero la sola pendencia no satisface el peligro de obstaculización. El Sr. Juez debe decir por qué en ese caso concreto que analiza, es probable que él o los imputados aprovecharan su soltura para obstruir, dando razones de su sospecha. De allí cabe afirmar que se han dado en el auto atacado por el recurso una fundamentación aparente que amerita la sanción de nulidad...*”.(14)

Todo lo cual, debe llevarnos a una profunda reflexión sobre este punto, so pena de **volver a implantar una nueva categoría de delitos “inexcarcelables”** en forma contraria a lo dispuesto por los principios constitucionales de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), derecho a la libertad durante el proceso (arts. 18 CN, 19 Const. Salta, 9.3 del PIDCYP, 7.1 CADH), derecho de defensa (art. 18 CN), debido proceso legal y acceso a la justicia (art. 18 CN). (15)

Otra cuestión controvertida es si con motivo de la apelación, puede modificarse la **calificación de la conducta** atribuida y cuáles son sus efectos en el trámite de la Investigación Penal Preparatoria, habida cuenta la importancia que tiene la calificación legal a los fines de la valoración de la procedencia de la prisión preventiva y de la aplicación de medidas alternativas a la apertura del proceso penal.

Al respecto, el Vocal III de la Sala I del Tribunal de Impugnación ha opinado que a los fines de la resolución de la prisión preventiva o la revisión de esta, los Jueces no se encuentran obligados a atenerse a la calificación jurídica que postula el Ministerio Público Fiscal, con la posibilidad de afectar entonces las notas de independencia e imparcialidad de que goza la Magistratura judicial, pero que “...*la consideración que el Juez haga de la calificación legal del hecho, como indicativa de la entidad de la amenaza penal en ciernes sobre el imputado, se agota en ese cometido: en el exclusivo propósito de revisar la prisión preventiva*”. Ello, por entender que, de lo contrario, se quebraría el equilibrio establecido por el sistema acusatorio y sería el juez quien determinaría cuál es la acusación que deba formular el Ministerio Público Fiscal. (16)

Nótese que justamente en este último caso, el Ministerio Público Fiscal formuló Decreto de Citación a Audiencia de Imputación por el delito de tenencia con fines de comercialización (art. 5 de la Ley 23737), que el Tribunal de Impugnación concedió la libertad de uno de ellos, por considerarlo *prima facie* incurso en la conducta prevista por el art. 14, primer párrafo de la Ley de Estupefacientes, pero la Fiscalía requirió juicio por la misma calificación postulada al inicio del proceso, arribándose finalmente al debate en que se condenó sólo a uno de ellos por la comisión de este delito, mientras que al otro –que había sido beneficiado por el cambio de calificación- se lo condenó por el delito de tenencia para consumo (art. 14 segundo párrafo Ley 23737). Nuevamente, nos encontramos ante la combinación de imputación de la calificación más gravosa de la conducta, sumada a la imposición de prisión preventiva y al proceso sumarísimo como modalidad de trámite, que acota notoriamente la posibilidad de defensa. Imaginémos que, de haberse podido esclarecer esta situación con

anterioridad al debate (y de haber existido un solo imputado en la causa, como sucede en muchos casos), el encausado no habría sido privado de su libertad desde el inicio del proceso por un delito levísimo (que no ameritaba la imposición de pena de cumplimiento efectivo) y además, de arribar incluso a una solución alternativa del conflicto en el marco de lo normado en el art. 76 bis del C.P.

4) Por último se ha observado -en los casos en que se planteó o pudo plantearse oportunamente atento las dificultades apuntadas- una tajante negativa a la concesión de la **suspensión del juicio a prueba** en los hechos que encuadran en los supuestos del artículo 14 de la Ley 23737.

En tal sentido, no podemos dejar de mencionar el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Acosta" (17). Recordemos que dicho caso llega al Máximo Tribunal Nacional porque el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado Alejandro Esteban Acosta, respecto de quien se había formulado **requerimiento de elevación a juicio por la presunta comisión del delito previsto en el art. 14, primer párrafo, de la ley 23737**. Para así resolver, sostuvo que la conformidad fiscal con la procedencia de la suspensión del proceso no era vinculante y que "...al prever dicha figura en abstracto y en su máximo una pena de seis años de prisión, el beneficio se torna improcedente, pues supera el límite de tres años de prisión que impone el art. 76 bis, 1° y 2° párrafos del Código Penal. En idéntico sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal en fallo plenario de aplicación obligatoria (art. 10, ley 24050) ha expresado que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y sgtes. del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años (Kosuta, Teresa, del 17 de agosto de 1999)".

En lo que aquí interesa señaló que "...para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la **pérdida de un derecho** (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el **principio de legalidad** (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el **principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio** del ordenamiento jurídico, y con el **principio pro homine** que impone privilegiar la interpretación legal que **más derechos** acuerde al ser humano frente al poder estatal".

Y que: "... en tales condiciones, cabe concluir que el **criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados**, toda vez que consagra una **interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho** que la propia ley reconoce,

*otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante”.*

Por lo tanto, corresponde a la defensa traer a debate si existe en la materia un criterio que **privilegia y extiende la punibilidad** sobre este tipo de delitos, contrariando el principio político criminal de “*ultima ratio*” y con una excesiva confianza en los efectos de la imposición de una pena (ya sea con fines preventivos o como castigo), cuando la realidad nos demuestra su total ineffectividad (muchos reinciden), y con especial consideración de que en muchos de estos casos se aprecia cómo el crimen organizado cuenta con un **amplio margen de reclutamiento en los sectores vulnerables**, especialmente las personas adictas.

Por todo ello, desde la defensa se opina que la suspensión del juicio a prueba, puede constituir una herramienta viable para conceder una oportunidad a quienes vienen imputados por las conductas más leves de la Ley 23737, con la imposición de reglas de conducta acordes, como el inicio de tratamiento contra las adicciones, la prohibición de frecuentar determinados lugares, la incorporación al sistema escolar, el sometimiento a vigilancia de alguna institución o de un tercero, etc., en todo caso, el Ministerio Público Fiscal y los Tribunales cuentan con la posibilidad de revocar la aplicación del instituto en caso de incumplimiento del imputado.

**5)** A modo de conclusión podemos arribar a los siguientes postulados:

a) La aplicación del **proceso sumarísimo**, por las restricciones que implica para el derecho de defensa y la grave penalidad prevista para el delito descrito en el artículo 5 de la Ley 23737, debe analizarse con carácter restrictivo. No corresponde su aplicación a los casos en que el proceso se inicia por la presentación ante el Juez de Garantías de un pedido de allanamiento, secuestro y detención, dado que tramita bajo las normas del proceso común y, por lo tanto, no puede luego convertirse en sumarísimo.

b) Al momento de valorarse la imposición de la **prisión preventiva**, no debe atenderse tan sólo a la penalidad prevista por la infracción al artículo 5 de la Ley 23737 (art. 388 inciso a) CPP), sino que debe ponderarse en el caso concreto la existencia de peligro de fuga (por falta de arraigo, imposibilidad de imponer otras medidas sustitutivas eficaces o antecedentes de rebeldía en otros procesos) y la existencia de peligro serio de entorpecimiento de la investigación, con expresa indicación de las medidas pendientes de producción y del modo en que se sospecha fundadamente que el imputado podrá obstaculizarlas (arts. 388, incisos b) y c) y art. 389 del CPP).

c) La aplicación del instituto de la **suspensión del juicio a prueba** resulta viable en los casos previstos por el artículo 14 de la Ley 23737, debiendo priorizarse un criterio realista que desconfía de la efectividad preventiva o represiva de la imposición de penas (aún en suspenso) y que concibe al derecho penal como la *última ratio* del ordenamiento jurídico. En estos casos deberán imponerse reglas de conducta acordes, como la obligación de iniciar tratamiento contra las adicciones, prohibición de concurrir a determinados lugares, reincorporación a sistema escolar, etc.

d) Frente a la demanda social de represión de este tipo de conductas, no puede dejar de observarse el irrestricto respeto a las **garantías constitucionales del imputado** en el proceso.

Asimismo, debe analizarse también, sobre todo en el caso de indicadores de **vulnerabilidad** (adicción, pobreza, desempleo, falta de educación y oportunidades reales de desarrollo, etc.), que la imposición de la pena no implica por sí misma la remoción de las condiciones que llevaron al imputado a cometer el delito. Por ello, debe haber una fuerte acción por parte del Estado en materia de reinserción social de este específico grupo de infractores a la ley penal, como así también en materia de prevención de las adicciones, trabajo sobre la demanda de sustancias prohibidas (18), y persecución del crimen organizado que se aprovecha de esta situación de vulnerabilidad, para obtener sus réditos a costa de los fungibles operarios que integran el último eslabón de la cadena de su espurio negocio.

#### **Citas:**

- (1) A la que adhirió la Provincia de Salta mediante Ley 7782.
- (2) López Viñals, Pablo- Urtubey, Rodolfo Julio-Fleming, Abel, Código Procesal Penal de Salta, Milor, Salta, 2014, Cap III.
- (3) Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, Bs.As, 2013, Tomo I, pág. 99.
- (4) López Viñals, ob. cit, Cap. VIII, en especial pág.191, 202, 215.
- (5) Hairabedian, Fuero de Lucha contra el Narcotráfico, Alveroni, Córdoba 2012, pág. 79.
- (6) López Viñals, ob cit, pág. 463.
- (7) Fallo CJS: “Cardozo, Yonathan” del 23 de septiembre de 2014 (192:579/586)
- (8) Claría Olmedo, Jorge, Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, (Tomo 1, pág. 279). Ver Regla 4.4, “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia” (Reglas de Mallorca).
- (9) Tribunal de Impugnación, Sala I, Voc 3, 10-9-13, Fallo 761 As.1974/1980 Libro I/13.
- (10) C.S.J.N. Fallos: 321:3630 “Napoli”, 513:39 “Trusso”, Fallos 960:38 “Massera”, entre muchos otros, C.N.C.P.; Plenario 13 “Díaz Bessone” (del 30/10/08); CJS Tomo 130:847, 134:815 entre muchos otros.
- (11) Tribunal de Impugnación Sala III, Voc. 1, 25-11-14, “Recurso de Apelación interpuesto por la Defensora Oficial Penal de UDP N° 1”, Fallo 150, As. 364/367, Libro 2014/1R.
- (12) Tribunal de Impugnación Sala I, Voc. 3, 4-7-14, “Incidente de Apelación solicitado por el Defensor Oficial Penal N° 2, Dr. Edgardo Martínez”. G01-30939/14. En la causa se investigaba el delito previsto por el art. 5 inciso c de la Ley 23737.
- (13) Tribunal de Impugnación Sala I, Voc 3, 28-8-14 “Ríos, Alfredo Luis y otros” GAR 73669/14. En la causa se investigaba la comisión del delito previsto por el art. 5 inciso c) en relación al art. 11 inc. e) de la Ley 23737.
- (14) Tribunal de Impugnación Sala II en Feria, 10-1-14. Fallo 5, Libro II-14, As. 12/16.
- (15) Ver fallos citados en cita (10).
- (16) Fallo registrado en Folio 228 As. 744/745, Libro I/14 de fecha 28/4/14.
- (17) Fallos 331:458.
- (18) Ver por ejemplo: <https://www.unodc.org/ropan/es/DrugDemandReduction/drug-demand-reduction-introduction.html>

## **Derecho de Fondo y Procesal Profundizado sobre Estupefacientes**

**Por Martín Herrera**

A través del presente trabajo se pretende dar a conocer una humilde opinión respecto de la implementación, funcionamiento y solución de los problemas que asoman en este nuevo desafío de provincialización, o desfederalización de la lucha contra el microtráfico de estupefacientes, que se instaló en la provincia de Salta a partir del 1 de Enero de 2014 por adhesión al artículo 34 de la ley 23737, dejando incólume el entendimiento del poder federal en delitos de tráfico mayor de estupefacientes, haciendo notar que la diferencia reside, no solo en la cantidad de sustancia con la que se trabaja, sino en el eslabón que el delito ocupa en la cadena de comercialización de las mismas.-

### **Introducción**

Al referirnos a la provincialización o desfederalización del microtráfico de estupefacientes, nos proponemos deslindar cuales delitos expresamente establecidos por la ley, van a ser juzgados por la Justicia Provincial, y cuales delitos, por las razones que se verán a lo largo de esta presentación, quedarán a merced de la Justicia Federal, todo dentro de un contexto de situaciones que se plantean en ejemplos concretos y que agudizan el trabajo de orientación hacia una u otra competencia; pero antes de aventurarnos a la realización de esa difícil tarea, debemos hacer una breve reseña histórica y geográfica de la provincia de Salta que sirvan de base para comprender de manera más acabada, algunos de los motivos que dieron lugar al entendimiento de los delitos de microtráfico por parte de la Justicia provincial.-

Resulta así, que nuestra querida Provincia de Salta se sitúa en un lugar casi estratégico de ingreso de droga para todo el país, lo cual no solo se debe a que se encuentre en zona de frontera donde el comercio internacional resulta tanto menos dificultoso y económico, sino que además, limita con Bolivia, país este que por sus condiciones climáticas y demás circunstancias de suelo, es propicio para la producción de la planta de coca, materia prima ésta de la cocaína.-

Si bien no es únicamente la comercialización de esa sustancia, sino de todo tipo de drogas la que nos preocupa como flagelo de la sociedad, hago especialmente referencia a ella por cuanto se trata de una droga que se importa generalmente del vecino país, para la distribución interna y exportación, siendo una de las sustancias más consumidas, reconocidas y demandadas en toda la extensión nacional, y que genera un grave impacto en la salud pública.-

Esa circunstancia territorial de frontera, hace que el delito de tráfico de estupefacientes sea de características avasallantes y que los Tribunales Penales Federales instalados en la provincia no den abasto, pues si tenemos en cuenta que en esta provincia sólo se cuenta con dos sedes jurisdiccionales nacionales, ubicada una en la fronteriza ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, correspondiente al distrito Norte de la provincia, y otra en la ciudad Capital, y que atienden no solo en causas penales sino en todo tipo de fueros de competencia federal, sumado ello al gran caudal de causas que se inician por el manejo de estas sustancias, deviene fácil advertir aquella conclusión.-

Por el contrario, el Poder Judicial Provincial, tan sólo en la ciudad capitalina, cuenta actualmente con ocho Juzgados Penales de Garantías, cinco Tribunales de Juicio en materia penal.

Si además de ello, ponemos en evidencia el reciente avance constitucional en referencia al traspaso del sistema penal mixto por el sistema penal acusatorio, que además de que cumple en darle a los acusados en un proceso las garantías correspondientes por constitución (de las que se destaca la imparcialidad de los jueces), se trata de un sistema mucho más dinámico que pretende dar solución a las causas, y por ende, seguridad jurídica a las personas involucradas en ellas, en cumplimiento del debido proceso, la legalidad y el plazo razonable. En este sistema de implementación, son los fiscales los encargados de la investigación y de recopilar tanto las pruebas de cargo como de descargo, contando los mismos con la colaboración de la policía y con el Cuerpo de Investigaciones Fiscales (CIF) que contiene lo último en tecnología en pos de las averiguaciones que sean requeridas por los fiscales, cuyas sedes se encuentran dispersas por los barrios de todos los sectores de la provincia facilitando un mayor acceso a justicia.-

Estos datos no son invocados caprichosamente, sino que tienen su razón de expresarse, debido a que todos estos acontecimientos en conjunto colaboraron para que el aparato jurisdiccional penal federal de Salta, se avoque al conocimiento de todas las causas de su competencia, pero que, y sobre todo en estos delitos de tráfico de estupefacientes, solo se llegue a una solución acorde a justicia en delitos que comprometían un narcotráfico de escala, ya que los delitos de microtráfico de menor cuantía punitiva, sumado a la cantidad de asuntos que no debían desatenderse, implicaban un “estorbo” en la imperiosa necesidad de esclarecer grandes hechos, que obviamente afectan de modo más grosero a los intereses de la sociedad toda, observándose en ese sentido la necesidad de la “cooperación” de las provincias en aquellas causas de venta al menudeo.-

En esta base de ideas, el acusado federal de haber cometido delito de microtráfico ingresaba al proceso en calidad de detenido por ser investigado por ejemplo de comercializar sustancias prohibidas, pero salía en libertad unos pocos días después a continuar con su negocio, quedando su causa, en la generalidad de los casos, sin resolución hasta la prescripción de la acción penal. Todo ello justificado en el esmero de avocarse a la investigación de causas de mayor gravedad, que involucran personas privadas de la libertad y que conllevan un mayor peligro y daño a la sociedad.-

De ninguna manera estamos diciendo que los Tribunales Federales no cumplían con su misión por ineficiencia o ineficacia, sino que las conclusiones arribadas obedecen a la mayor concentración de aquellos en determinados puntos estratégicos, mientras que las fiscalías provinciales son más en cantidad y se encuentran mejor distribuidas, como se dijo recientemente, en la extensión del territorio provincial para la realización de esa tarea.-

Cabe aclarar que, si bien esta provincia en particular que reviste las condiciones propicias para un dinámico ejercicio delictivo respecto del tráfico de drogas y merece por ello mayor atención en cuanto al microtráfico en particular, no implica que otras provincias, que no se encuentran ubicadas estratégicamente para la comisión de estos delitos, no sufran del mal social que las mismas ocasionan, no tengan problemas respecto del juzgamiento de esos delitos, y no estén aptos para dar el paso a la desfederalización de estos procesos, ya que si bien Salta aparece como una gran puerta de entrada de la droga al país, la misma es distribuida por todo el territorio nacional, afectando a todas las provincias.-

A modo anecdótico podemos mencionar que las provincias de Córdoba y Buenos Aires han sido pioneras en dar el paso a la desfederalización de la lucha contra el narcotráfico por adhesión al artículo 34 de la ley 23737 que se desarrollará más adelante, contando la primera con Magistrados especializados en la temática estupefaciente, y en vista a la creación de una policía anti narcóticos, especialmente prevista y preparada para abordar de manera más acabada esta lucha contra la droga.-

### **Actualidad en la provincia de Salta y cuestiones de competencia**

Ya con este panorama general de algunos motivos fundados que dan paso a este gran avance de política criminal, pasamos directamente a reseñar lo que ocurre en Salta, junto con las inquietudes que generalmente se suscitan con el cambio.-

Concretamente en el mes de enero del 2014, entra en vigencia por adhesión, a través de la ley provincial N° 26052, al artículo 34 de la ley federal N° 23737, el entendimiento de la Justicia Penal de la Provincia de Salta, respecto de la investigación, juzgamiento y penalización, de los delitos de tenencia y comercialización de estupefacientes catalogados de microtráfico, los que se desarrollarán más adelante.-

Pero ¿Qué es lo que diferencia a los delitos de microtráfico de los de tráfico mayor de estupefacientes?, ¿acaso se trata únicamente de la cantidad que se comercializa?, ¿Cuáles son las pautas a las que debemos atenernos para deslindar las competencias en su investigación y juzgamiento? Estos son los principales interrogantes que surgen al hablar de desfederalización del microtráfico, y que se resolverán a continuación a criterio del que suscribe.-

Las dos primeras preguntas pueden ser satisfactoriamente resueltas de la interpretación que se haga de la letra del artículo 34 de la ley 23737, el que establece que: *“Los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación:*

- 1) *Artículo 5, incisos c) y e), cuando se comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; y cuando entregue suministre, aplique o facilite a otro estupefacientes a título oneroso.-*
- 2) *Artículo 5, penúltimo párrafo (prevé una menor cuantía de pena para la siembra o cultivo de plantas, acopio de semillas utilizables para producción de estupefacientes, materias primas o elementos destinados a su producción o fabricación del inciso a) de ese artículo, cuando por su escasa cantidad, surja inequívocamente que está destinada a la obtención de estupefacientes para el consumo personal).*
- 3) *Artículo 5, último párrafo (al igual que en el párrafo anterior, se prevé una disminución de la pena para quien entrega, suministra o facilite ocasionalmente del inciso e) del mismo artículo, pero lo haga a título gratuito y en escasa cantidad que surgiera inequívocamente que es para consumo personal de quien lo recepta, y deja abierta la posibilidad de que acreditado el consumo, se lo someta a una medida de seguridad curativa por tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación, o*

si se trata de un consumidor principiante, podrá el juez por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine).-

- 4) **Artículo 14.** *El que tuviere en su poder estupefacientes, disminuyendo la penalidad cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.-*
- 5) **Artículo 29.** *Penal al que falsificare recetas médicas, o a sabiendas las imprimiera con datos supuestos o con datos ciertos sin autorización del profesional responsable de la matrícula, y a quien las suscribiere sin facultad para hacerlo o quien las aceptare teniendo conocimiento de su ilegítima procedencia o irregularidad.-*
- 6) **Artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quáter del Código Penal.** *-Al que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales las suministrarle en discordancia con la receta médica, exceda las reglamentaciones para su reemplazo; se cometa algunas de las mencionadas recientemente por negligencia; se produjere o fabricare sustancias en establecimientos no autorizados; y al que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos al principio.-*

Ello de acuerdo al texto de la ley 26052 que dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, conocerá la justicia federal cuando la causa tuviere conexidad subjetiva con otra sustanciada en dicho fuero y que en caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la justicia federal, ya que anteriormente todos estos delitos eran de competencia federal sin excepción.-

Es decir que la diferencia sustancial entre unos y otros delitos, reside básicamente en que los delitos de microtráfico de estupefacientes son aquellos en los que la comercialización se realiza entre un proveedor de sustancia prohibida y el consumidor final de la misma, lo que comúnmente ocurre con los llamados kioscos, que son generalmente casas de familia ubicadas en zonas marginales, a donde concurren los consumidores en busca de la dosis; mientras que en los delitos de tráfico mayor, son aquellos en que las partes que comercializan las sustancias son por un lado el vendedor, y el que compra, a su vez, lo hace para revenderla. Por ejemplo, habrá tráfico mayor cuando una persona que vende en estos kioscos, compre sustancia para revender.

En otras palabras, son distintos eslabones de una misma cadena que se diferencian por la etapa y los fines con los que se desarrollan esos hechos, y que ponen en distinto grado de peligro al bien jurídico protegido que es, como ya se dijo, la salud pública.-

En ese sentido, la cuantía de la “mercadería” con la que se trabaja, junto con los elementos que acompañan en un secuestro realizado, son meros indicadores del delito de que se trata y de la competencia a la que corresponden, pero que en ocasiones son determinantes de la jurisdicción y competencia.-

Esto también plantea un inconveniente dentro del microtráfico en sí, que se manifiesta a la hora de realizar una calificación penal del delito de que se trata, pues muchas veces se realizan secuestros en donde lo único que se extrae es una cantidad importante de sustancia, pero no se encuentran otras evidencias como balanzas de precisión, bolsas de polietileno que se utilizan generalmente

para fraccionar la sustancia para su venta, por lo que por un lado la cantidad nos indica que aquella tenencia de estupefacientes es a los fines de su comercialización, pero contradictoriamente por otro, no hay elementos que permitan el fraccionamiento para la realización de esa tarea lo cual, a su vez, genera la presunción de que esa tenencia es para consumo personal, y termina muchas veces calificándose como tenencia simple de estupefacientes, figura esta última, prevista para aquellos casos en que no se pueda determinar certeramente que la tenencia es para comercializar o para consumir, y que contiene una penalidad menor que la prevista para la primera y mayor que la segunda.-

En este contexto, podemos decir que la cantidad de estupefacientes que se llegue a secuestrar en un procedimiento penal, solo sirve de base a la investigación de uno u otro delito, pero que no resulta suficiente por si sola para determinar una futura condena, ya que habrá que indagar e investigar más allá de su cuantía para fundar una condena válida.-

Algo que se viene dando en nuestra provincia quizás por la falta de experiencia, o tal vez por las ansias de lograr mejores resultados de política criminal, es que la mayoría de los delitos de microtráfico se califican de tenencia para comercialización para obtener de ello un mayor fundamento al pedir la prisión preventiva de la persona acusada para optimizar la investigación, aun cuando resulta casi evidente que la tenencia de la sustancia es a otros fines.

Claro está que al avanzar en la investigación, en esas circunstancias, la calificación no resiste el análisis y se termina por cambiar la calificación por la de tenencia simple, siendo consecuencia de ello la gran tarea de desentrañamiento de la configuración del hecho, las circunstancias que lo rodean y de un criterio fundado a seguir.-

### **Dosis umbral y opinión personal respecto a su valoración**

Al respecto de la cantidad, su incidencia y calificación penal en el proceso, la doctrina y jurisprudencia no se han puesto de acuerdo en cuanto a qué debe entenderse por la denominada dosis umbral como hito de medición a tener en cuenta, si bien aquella refiere a la cantidad susceptible de determinar cambios en el comportamiento de la persona que lo consume por su nivel toxicomanígeno, resulta evidente que los efectos de una misma sustancia y cantidad, pueden afectar de diferente manera según la tome una persona robusta o una persona de contextura pequeña, o también de acuerdo a otras circunstancias como ser la costumbre al consumo de esa sustancia que tenga o no la persona, por lo cual, personalmente entiendo que estas circunstancias adjetivas de la persona, deben ser tenidas en cuenta e influir en la determinación de la calificación delictiva que se le pretenda imputar al sospechoso.-

Debe tenerse en cuenta que lo que arriba se postula es solo para determinados casos en que la cantidad se discute tanto por su fraccionamiento, como por su peso, pero que no excede de ciertos límites que el propio sentido común nos impone, pues no sería este el caso por ejemplo, de una persona a quien se le secuestre un kilo de la sustancia de que se trate, por resultar demasiado abundante para cualquier persona.-

Uno de los problemas que se han instaurado con la desfederalización del microtráfico, es el atinente a la competencia que debe entender en ciertos casos, es decir, existen situaciones en que no resulta ni fácil ni evidente la competencia provincial o federal de la causa que se investiga, o que iniciada la investigación por la provincia o nación, debe trasladarse su entendimiento por incompetencia.

Tal ocurre cuando ese indicador del que hablábamos párrafos atrás que es la cantidad de estupefaciente secuestrado por la provincia, resulte tan abundante que permita sospechar que su pretendida distribución, lo era para otras bocas de expendio y no para consumidores finales.-

En casos como el indicado, la competencia inicialmente provincial, deberá ser trasladada para el avocamiento de la federal. De igual manera, cuando una causa sea de dudosa competencia entre una y otra jurisdicción, la misma será de competencia federal, y corresponde igual solución cuando exista conexidad subjetiva de una persona imputada en dos causas distintas, que tramiten una por el federal y la otra por la provincial.-

### **Conclusión final**

De todo lo referido en el breve trabajo de elaboración propia, llegamos a la conclusión de que este nuevo desafío implementado en la provincia, resulta satisfactorio de los deseos de mejorar la calidad de vida de los salteños.-

Si bien el flagelo de la droga en la sociedad resulta, otra vez a criterio del que suscribe, de imposible erradicación de forma total y absoluta, se deben buscar los medios adecuados para combatirla más adecuadamente, de manera tal que se logre reducir por lo menos la cuantía tanto de su utilización para consumo, como de su utilidad como medio de vida que es, en muchos casos, el beneficio que las personas encuentran en ella sin darse cuenta o restándole importancia a las consecuencias que la misma ocasiona sobre todo en los jóvenes que representan el futuro de nuestra sociedad.-

En ese sentido, surge al observar el funcionamiento de los procedimientos, que la delincuencia se encuentra siempre un paso más delante de quienes luchan contra ella, y por ello resulta un tanto complicado ir cada vez más allá en busca de las herramientas que permitan abordar adecuadamente los casos que se presentan, siendo la provincialización del microtráfico un gran paso en pos de los objetivos deseados, en cuanto a la mayor capacidad de las provincias en la investigación, juzgamiento y sentencia de los delitos en cuestión, tanto por su mayoría numérica en cuanto a los agentes que intervienen en esas tareas, como por su mayor acceso a justicia por su distribución en el territorio de las fiscalías, como así también por la implementación del sistema penal acusatorio, que si bien no es un tema específico dentro de la materia de los delitos de estupefacientes, resulta colaborador a la hora de la obtención de justicia rápida y eficaz.-

# **Maestría en Magistratura y Derecho Judicial**

**Años 2013-2014**



## Introducción

La Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral comenzó en el año 2000 y fue pensada como una propuesta desde el ámbito académico teniendo en cuenta las necesidades de los jueces en materia de conocimientos, actitudes y valores para cumplir del mejor modo su función según las exigencias contempladas por el Estado de Derecho Constitucional, Convencional y Democrático de Derecho. El origen democrático del Poder Judicial no implica confiar de manera dogmática en el discernimiento azaroso o irracional de los que lo ejercen, pues los tiempos actuales son tiempos, al decir de Ferrajoli de “democracia sustancial” y no meramente “democracia formal”, por ende, los jueces deben asumir con inteligencia y firmeza el respeto de los derechos humanos en la sociedad y procurar que los poderes estatales y no estatales se mantengan dentro de los márgenes que les fija el derecho vigente. Es evidente la enorme responsabilidad que pesa sobre el Poder Judicial, constituido en el poder que tiene la última palabra jurídica respecto a todos los problemas que en ese terreno vayan apareciendo en una sociedad, incluso el poder de invalidar una norma legal y hasta una norma inconstitucional por carecer de la racionalidad sistémica, ética y teleológica que intrínsecamente se pretende para asegurar que el poder se ejerza como debe ejercerse en un Estado de Derecho Constitucional, Convencional y Democrático. Esa situación de “poder jurídico y político” que detentan los jueces guarda una elemental equivalencia en orden a reclamar que ellos respondan en diferentes ámbitos. Así, es posible delinear varias responsabilidades: civil, penal, administrativa o disciplinaria, política o constitucional, social, colegiada, científica, gerencial, internacional y ética.

Un ejercicio apropiado de la función judicial requiere en primer lugar de conocimientos específicos que normalmente no están incluidos en las distintas ofertas académicas, o lo están sin la relevancia que tienen en el terreno judicial, como por ejemplo: el viejo tema de la interpretación hoy reabsorbido como argumentación, la relevancia del conocimiento verdadero de los hechos como condición de la justicia (Taruffo) por medio de la ciencia aplicada al derecho, la capacidad de brindar respuestas jurídicas desde el derecho concentrado en los “principios”, la crisis de la supremacía de las constituciones y las soberanías nacionales, el carácter normativo general de la jurisprudencia, el “desbordamiento de las fuentes del derecho” (Pérez Luño), el status constitucional e internacional de los jueces, las ciencias actuales de la administración aplicadas a la administración del poder judicial, los códigos nacionales y supranacionales de ética judicial y sus respectivas responsabilidades no jurídicas, conocer cómo están organizados otros poderes judiciales y de qué manera cumplen los que lo integran con la función jurisdiccional, etc. También aquel ejercicio apropiado de la función judicial requiere asumirlo desde ciertas actitudes y valores que le brindan legitimidad y sentido; aquí es insoslayable el compromiso de “ser” y “parecer” un “buen juez” con las implicancias que ello tiene en orden a la excelencia y al rechazo de una mediocridad compatible con las exigencias jurídicas. También advertir que su legitimidad está ligada a la efectividad en el servicio y a su capacidad argumentativa-persuasiva, internalizar que integra uno de los tres clásicos poderes del Estado y que, por ende, debe esforzarse con responsabilidad institucional para que éste no sufra postergación o negación de los atributos y

derechos que le atribuye el constituyente, tomar conciencia de que su poder le viene finalmente de la sociedad y que voluntariamente aceptó ese mandato con sus beneficios y exigencias por lo que no tiene margen para defraudarla, asumir que la función judicial implica no sólo las causas que debe resolver sino comprometerse con el diseño de las instituciones judiciales y la totalidad de las tareas que ellas despliegan.

En estos años de desarrollo regular de la Maestría no sólo se han ido renovando profesores sino la currícula que los alumnos afrontan a lo largo de dos años. Es de destacar que el orden de las materias no es arbitrario sino que responde a la lógica apuntada arriba y que estuvo presente en el diseño originario y se ha ido perfeccionando con el aporte de directivos, profesores y graduados de la Maestría. Las peculiaridades de la Maestría están en su plan de estudios, pero también en el desarrollo de las clases pues éstas tienen una estructura de tercios. En el primero, el profesor repasa lo más importante del material de lectura entregado en oportunidad de la clase inmediata anterior, en el segundo tercio — que es el más importante— los alumnos divididos en grupos de cinco o seis trabajan las consignas dadas por el profesor al finalizar el tercio anterior, utilizando a tales fines jurisprudencia nacional, supranacional, internacional o extranjera y en el último tercio se pone en común el trabajo de los distintos grupos asistidos y coordinados por el profesor. Cada trabajo grupal intenta de algún modo reproducir las capacidades y valores que son propios de un tribunal colegiado: deben respetarse las exigencias de un diálogo racional, diversificado, paciente, ordenado, perseverante, honesto, regulado y respetuoso. El diálogo no supone convicciones débiles, difusas o eclécticas, sino que, por el contrario, el mejor diálogo es aquel que parte de posiciones fundadas y con honestidad busca que las razones esgrimidas en respaldo de las tesis que se discuten alcancen la razón del interlocutor en orden a su persuasión.

Es oportuno destacar que entre los alumnos se ha contado con la presencia de miembros de otros poderes judiciales de Latinoamérica, lo cual ha redundado en la riqueza de lecturas y perspectivas. Quizás el mejor modo de evaluar resultados de estos años transcurridos sea el testimonio de los egresados, incluidas sus respectivas carreras judiciales, y desde ese lugar —al que se le presta permanente atención— es posible constatar un alto nivel de satisfacción en orden a expectativas y resultados. El evidente dinamismo de la realidad jurídica y política-institucional, tanto nacional como extranjera, impone permanentes ajustes, rectificaciones y correcciones con la activa participación de los mismos alumnos. Así, en el primer Consejo Académico —que rigió desde el año 2000 hasta el año 2007— se contó con la Dirección Honoraria de quien fuera el director del Federal Judicial Center de Estados Unidos de América, el Dr. Russell Wheler, que confió en el proyecto y avaló con su reconocida autoridad la pertinencia de la Maestría. En el segundo Consejo Académico se logró la integración de un miembro del Consejo General del Poder Judicial de España, Don Juan Pablo González González, quien con su experiencia judicial en España pero fundamentalmente desde la Secretaría de la Cooperación Iberoamericana, enriqueció las iniciativas que se fueron gestando al hilo de la Maestría.

El Consejo Académico actual está integrado, entre otros, por el Dr. Domingo Sesín, ministro del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba y ex presidente de la Junta Federal Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (JuFeJus), el destacado constitucionalista, Dr. Néstor Pedro Sagüés, quien es

también profesor desde el comienzo y el ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Rafael Nieto Navia.

En el marco de un convenio de cooperación académica e institucional celebrado entre la Corte de Justicia de la Provincia de Salta y el Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral, se realizó la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial en la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta durante los años 2013 – 2015.

Los trabajos que han sido seleccionados para esta publicación son algunos de los mejores informes presentados por los alumnos en distintas materias correspondientes a esta edición de la Maestría realizada en forma conjunta con la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta. Se seleccionaron así tres informes realizados por los alumnos Ada Zunino, Alfredo Gómez Bello y Mónica Leila Alberto correspondientes a la materia “El Derecho Judicial”. Por otro lado se eligieron otros tres informes realizados por los alumnos María Virginia Toranzos, Magdalena Ovejero Paz y María Elisa Gallo correspondientes a la materia “Razonamiento Judicial aplicado a la correcta estructuración de la sentencia” y finalmente, se seleccionaron cuatro informes realizados por los alumnos Claudina Xamena Zárate, Juan Javier Ignacio Allena Cornejo, Mariel Astrada y Rosana Castro, correspondientes a la materia “Responsabilidades judiciales”. Cada uno de estos trabajos es un escrito breve, creativo, de reflexión personal, realizado sobre un punto controvertido muy concreto y específico de la materia a la luz de algunas consignas dadas por el profesor. Se trata de la resolución breve y argumentada de un enigma teórico-práctico y han sido confeccionados con miras a que sirvan para ejercitar y mejorar las habilidades intelectuales y profesionales de los cursantes, fomentando su ingenio y entrenándolos en el rigor metodológico necesario para la investigación y redacción de trabajos jurídicos.

Los criterios utilizados para la evaluación de los trabajos por parte de cada profesor a cargo de la materia respectiva han sido los siguientes: a) Comprensión temática, mostrándose a través de la lectura si el estudiante ha asimilado los conceptos básicos transmitidos en la asignatura. b) Esquema de desarrollo, evaluándose el método expositivo y la coherencia de la línea argumental que se desarrolla, independientemente de la posición doctrinaria o ideológica que, en relación al tema, evidencie su trabajo, la cual se respeta en todos los casos, pues no se pretende que adhiera a la orientación que pueda tener el profesor. c) Profundidad de la reflexión teórica aplicada al problema. d) Perspicacia en el análisis de la situación fáctica. e) Originalidad de los planteos teóricos o prácticos. f) Conclusión, merituando la consistencia y coherencia de las ideas a que se arribe como resultado del desarrollo argumental precedente. g) Presentación, ponderando el cumplimiento de la consigna, la calidad de la redacción, la ortografía, el vocabulario, la prolijidad y, en su caso, la corrección metodológica empleada en las citas y notas.

Desde el Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral celebramos la publicación de estos trabajos y esperamos publicar en el futuro las mejores tesis de los graduados de la Maestría contribuyendo de este modo a la mejora del servicio de justicia.

**Rodolfo Luis Vigo**  
Director  
Departamento de Derecho Judicial  
Universidad Austral

**María Gattinoni de Mujia**  
Directora Ejecutiva  
Maestría en Magistratura y Derecho Judicial  
Universidad Austral



## Análisis del Fallo Carranza Latrubesse C/Estado Nacional (CSJN)

Por Mónica Leila Alberto

### Introducción

El problema central en este fallo es determinar si la recomendación de la Comisión tiene carácter obligatorio para el Estado, para esto, veo la necesidad de poder determinar qué es Derecho en sentido estricto y qué es lo que lo hace valer como tal; de esta forma, luego de realizar un breve relato de los hechos, he de desarrollar en primer lugar el problema definicional y el axiológico como centrales; para luego realizar el análisis de los problemas colaterales lógico – jurídico y gnoseológico. Analizaré los mismos desde una perspectiva No Positivista: Neoconstitucionalista por creer que es la que siguen la mayoría de los miembros de la Corte, a excepción del problema gnoseológico por existir algunos tintes diferenciales (iusnaturalistas y críticos) a la hora de resolver. Por último, daré mi opinión personal del caso.

### Datos del hecho:

"Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa 'Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut' y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut". El Dr. Gustavo Carranza Latrubesse, llega a La Corte Suprema, solicitando se respete la recomendación (Informe N° 30/97) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino, en la cual se sostiene que el Estado Argentino había violado sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, enunciados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1, de la Convención Americana.

### Problema Definicional o Conceptual: ¿Qué es el Derecho en sentido estricto?

Para responder esta pregunta, según el Dr. Vigo, debo tener presente que en el Neoconstitucionalismo se diferencia el derecho de la ley y por ende abre el significativo problema de la posible armonía o discordancia entre esas dos realidades. Aquí lo importante es que se cumpla el derecho. Diferentes autores coinciden en que el derecho no es solo lo puesto, hay algo más; y en concordancia, señala R. Alexy que **La injusticia extrema no es derecho**, por lo que debe tenerse en cuenta los contenidos y límites morales que se reconocen al mismo; es decir, la moral pone un límite al Derecho y cuando el derecho no respeta ese límite, no hay derecho; además dentro del Derecho hay Moral bajo los rótulos de lo que él va a llamar Principios, que son contenido moral y forma jurídica; son mandatos de optimización y mandan la mejor respuesta jurídica posible; por ejemplo, en este fallo, la Corte en el considerando 12, expresa "...en tales circunstancias...el presente "desequilibrio procesal" reclama, para ser "resuelto" según los mentados "justo equilibrio" o "equidad procesal..." Por otro lado, y respondiendo a este problema, se afirma que la validez del derecho se da si es: Sistémica o autoritativa, Vigente y Ética; características que tienen varias de las fuentes que utiliza la Corte para fundar sus sentencias y así lo expresan en el

considerando 4º "...el Derecho Internacional General y el de los Derechos Humanos en particular, cuentan con un más que consolidado aparato de normas, pautas y principios de aplicación e interpretación que...arrojan suficiente luz para alcanzar una respuesta incluyente..."

### **Problema Axiológico: ¿Qué es lo que hace valer al Derecho?**

Para los neoconstitucionalistas, quienes creen en una razón práctica instrumental y ética; más allá de la moralidad social y de su contenido, aceptan la posibilidad de hablar de valores cognoscibles o fundados por la Razón Práctica, que es la que se ocupa de valores. Señala el Dr. Vigo, que la gran misión de los jueces constitucionales y supranacionales en sintonía con el Estado Constitucional, es que prevalezcan los derechos humanos o se los tomen en serio (Dworkin). La llamada constitucionalización del derecho, equivale a su humanización en el sentido que el derecho llega a ser caracterizado como un esfuerzo institucional para hacer triunfar los derechos humanos, no sólo en relación al Estado, sino en relación a cualquier otro poder y al resto de los ciudadanos. Esta afirmación se ve plasmada en el Considerando 3º, donde se alude al principio de Buena fe, como un impulso de la Corte Suprema para fundar la "obligación del Estado de realizar su mejor esfuerzo para aplicar las recomendaciones de la Comisión"; lo cual el Estado Nacional ignoró "escudándose" en que carecen de carácter vinculante. Esta circunstancia, de gran peso para la Corte, puesto que toda sentencia debe fundarse en alguna norma de derecho, caso contrario, la misma se tornaría ilegal o arbitraria; creo que es la que lleva a otorgarle un carácter obligatorio a la "Recomendación de la Comisión", pese a no reunir las exigencias de un Estado de Derecho, en un intento (como lo manifesté precedentemente) de hacer triunfar los Derechos Humanos.

### **Problema Lógico – Jurídico: ¿Qué estructuras lógicas hay en el derecho?**

Los iusnaturalistas y neoconstitucionalistas en general parten de las críticas al sistema fuerte que propone Kelsen mediante la pirámide jurídica y terminan proponiendo un sistema jurídico débil; situación que se observa en este fallo, puesto que la mayoría de los miembros de la Corte, resuelven de una manera que debilita aún más al sistema jurídico actual; puesto a que pese al bloque constitucional con que contamos y que se lo pudo utilizar para que no se vean violados Derechos del Dr. Carranza, junto a declaraciones de la Corte Interamericana que señalan el carácter no obligatorio de las recomendaciones de la Comisión, nuestra Corte Suprema no lo respetó. Es decir, que se aleja de la estructura que con ella, formó nuestro Estado para lograr el sistema jurídico actual, y complementando lo ya desarrollado, siguiendo a Aulis Aarnio, las Recomendaciones de la Comisión, en primer lugar, no serían fuentes de derecho propiamente dichas, pero las podríamos incorporar dentro de las Razones Prácticas o Argumentos Reales de la Corte Suprema, cuando intenta determinar si tales recomendaciones son obligatorias, en los considerandos 6º en adelante del voto de la mayoría, donde señala los distintos términos, en distintos idiomas y elige el que considera acorde para poder dar prevalencia al interés individual sobre el estadual. Además, la Corte pese a que intenta realizar una interpretación literal de la Convención, no respeta algunas pautas fijadas para interpretar de este autor; tales como: 1) Un texto legal no debe ser interpretado de manera tal que parte del mismo quede sin uso o sin significado. 2) A una expresión, en un cierto texto legal, no debe dársele un significado diferente, en distintos contextos, a

menos que exista una justificación suficiente para actuar de esta manera. 3) La expresión que ha de ser interpretada, no debe asignársele un significado que se aparte del uso general del lenguaje a menos que haya justificación para proceder de esta manera.

### **Problemas Gnoseológicos: ¿Cómo hago para saber Derecho?**

El estado de Derecho Constitucional, según el Dr. Vigo, impone necesariamente no sólo una superación del reductivismo científico en tanto la presencia de la moral en el derecho a través de principios, valores o derechos humanos, sino también el esfuerzo científico pretende nutrirse de crítica y valoraciones idóneas como para auspiciar interpretaciones de lege ferenda (Nino). Tal afirmación la veo plasmada en las **disidencias de la Dra. Carmen Argibay, Dr. Lorenzetti y la Dra. Highton de Nolasco**; en el considerando 12, donde expresa que no se puede desconocer el indudable valor que cabe asignar a las recomendaciones que pudiera formular la Comisión. También se asume que para la solución de los problemas jurídicos se requiere de la capacidad de encontrar racionalmente las mejores respuestas a los mismos y luego intentar persuadir a los destinatarios. La filosofía del derecho, adquiere un protagonismo notable como lo revelan las teorías de Dworkin y Alexy, para poder resolver no sólo este problema sino también aquellos relacionados con valores, con razonamientos... Los Considerandos 10 y 11 de la mayoría de la Corte, vienen a demostrar esta perspectiva neoconstitucionalista, que a diferencia del positivismo, para quien el juez decide de manera irracional y espontánea; aquí los jueces de manera racional y mediante la elección de determinadas fuentes, intentan determinar si son correctas y justas; es decir, mediante un diálogo racional buscan una solución al caso, teniendo en cuenta no sólo el derecho sino también los intereses de los afectados por la decisión. Así, para la **mayoría de la Corte** en este considerando 11, incluido el Dr. **Petracchi** (en el considerando 15 de su voto), al problema gnoseológico lo resuelven desde una **perspectiva “crítica”**, considerando al derecho como un saber jurídico práctico “utilitario”, donde lo que les interesa es guiar comportamientos hasta un determinado resultado, por lo tanto, en su conclusión, no buscan mostrar un saber científico o filosófico, sino un saber técnico, explicativo o resolutorio. En dicho Considerando, fundamenta su conclusión expresando que ésta responde “...al efecto útil...del sistema”, manifestando además (siguiendo los trabajos de reflexión de la Comisión de la representante Alternativa de Argentina), de alguna manera, la necesidad de producir una eficaz respuesta del Estado. Además, complementando lo expuesto, señalo que en el Considerando 18 de la Mayoría, en su conclusión, se le asigna al Derecho, a mi modo de ver, un papel político donde lo decisivo es si el Derecho sirve o no, y así se lo resuelve; puesto que para los Sres. jueces si bien la Corte Interamericana manifestó en reiteradas oportunidades que los informes de la Comisión no son vinculantes, y así está previsto en el Reglamento; nuestra Corte Nacional buscó de todos los significados que da la Real Academia Española, al término “Recomendación”, y eligió el que a ella le parecía equitativo, conforme lo expuesto en Considerando 6º. En cuanto a la disidencia del **Dr. J. Carlos Maqueda**, en lo gnoseológico, también sigue una **perspectiva no positivista neoconstitucionalista pero con una conclusión con un tinte lusnaturalista**, considerando al Derecho como un saber Jurídico práctico ético, es decir que teniendo en cuenta los Derechos Humanos violados, y siendo éstos prioritarios según Considerando 12, es deber del Estado respetarlos, e incumbe a cualquier

poder y órgano tal obligación so pena de incurrir en responsabilidad internacional. En el considerando 15 se aprecia mejor tal perspectiva al reconocer una indemnización en favor del actor como consecuencia de la violación a sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. He de destacar que a mi modo de ver, resulta un criterio bastante acertado, porque pese a seguir el criterio de la Corte Interamericana sobre el carácter no obligatorio de la recomendación de la Comisión; busca una solución justa, por lo que siguiendo a Villey, denota un saber Filosófico – Resolutorio.

### **Conclusión y opinión personal**

Si bien me parece acorde para el caso la perspectiva Neoconstitucionalista que adoptó la mayoría de la Corte, considero que no fue coherente con el objetivo o fin que tenían para desarrollar su argumentación porque no fueron muy claros sobre lo que querían pronunciar a excepción de las disidencias que se limitaron a desentrañar el carácter obligatorio o no de las Recomendaciones y en consecuencia, así resolvieron. Por otro lado, y pese a haberme adelantado con algunas opiniones personales en el desarrollo de los problemas planteados, deseo hacer otras observaciones y plantear algunos interrogantes. En primer lugar, considero que no es necesario, en donde esté escrito que se violaron los derechos cuando la realidad es fuerte; es decir que si lo afirmado está probado, es suficiente para fallar en protección de los derechos violados, puesto que **los derechos humanos valen por sí mismos**, puesto que sino estaríamos en un Estado de Derecho Legal, donde corremos el riesgo (planteando un caso opuesto al desarrollado) de que si hay una norma o “recomendación” que diga que “no se violaron derechos”, entonces...¿No habría que protegerlos pese a que la realidad muestra otra circunstancia? Esto no me resulta razonable, por lo que creo que la Corte, más que otorgarle un carácter obligatorio a la Recomendación, debió reconocer los derechos humanos violados haciendo mención al debido proceso, al acceso a la justicia y al de igualdad, previstos en nuestra Constitución Nacional; y como sus Garantes y Guardianes, la Corte debería protegerlos sin necesidad de ir en contra de la seguridad jurídica, puesto que este último, está armónicamente engarzado con los derechos enunciados precedentemente, y no necesariamente los primeros que aluden a la tutela judicial efectiva, tienen que invalidar el segundo; puesto que como afirma el Dr. Vigo, para el Neoconstitucionalismo, casi todas las respuestas están en el sistema jurídico, un sistema débil, pero sistema al fin que viene a ordenar sin sacrificar los derechos. En segundo lugar, quiero señalar que la conclusión de la mayoría de los miembros de la Corte, me generan otros interrogantes, ya que si bien la Comisión es parte en los procesos que lleva ante la Corte Interamericana y sin embargo sus informes no resultan obligatorios para ella, en este caso, ¿Por qué sí lo son? ¿Por qué contrariar lo ya señalado por la Corte Interamericana? Recuerdo que en varias oportunidades la Corte Interamericana señaló que los informes a la Comisión, con sus “recomendaciones”, son recomendaciones y no “órdenes” que se vuelven “obligaciones” para un Estado. Además, y si tenemos en cuenta lo manifestado por el Dr. Vigo, que en un Estado de Derecho Constitucional, la validez del derecho se da cuando responde a tres exigencias: 1ª Sistémica o autoritativa: Que la dicte la autoridad que tenía que dictarla según el sistema, 2º Vigente: La norma debe ser eficaz, tiene que regir y 3º Ética: Una norma no será jurídica si no respeta los derechos humanos. Podemos observar que estas características no

las reúnen por completo las recomendaciones de la Comisión. Para concluir, quiero expresar que de todos los votos, me inclino por el del Dr. Juan Carlos Maqueda, quien arriba a una solución justa pero sin desnaturalizar el significado corriente e internacional de la voz Recomendación, adoptando en su conclusión un tinte iusnaturalista y reconociendo de alguna manera que Argentina cuenta con suficientes recursos para dictar un fallo justo y razonable porque los derechos humanos se reconocen, no se crean, pero además son universales e inalienables.

**Bibliografía:**

-Aarnio, Aulis; Lo racional como Razonable; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid 1991, págs. 122/153.

-Calsamiglia, Albert; "Ciencia Jurídica", en el Derecho y la Justicia, págs. 17/27.

-Kelsen, Hans; "Teoría General del Derecho y del Estado", Textos universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, Prólogo (págs. V a XI) y págs. 192 a 196).

-Vigo, Rodolfo L.; El Derecho Judicial: Antecedentes, contenidos y proyecciones (Material enviado para la Maestría sin datos).

-Vigo, Rodolfo L; Clases de la Maestría (Apuntes de la alumna Leila M. Alberto).

-Vigo, Rodolfo L.; "Interpretación Jurídica" (Del modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las nuevas perspectivas); Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Cap. XIV "Descrédito y necesidad de la Filosofía del Derecho", págs. 291 a 303.



# Las Responsabilidades Judiciales y sus Dimensiones

Por Juan Ramón Ignacio Allena Cornejo

## I. Introducción:

El objeto del presente informe, correspondiente a la materia “Las Responsabilidades Judiciales y sus Dimensiones”, será indagar acerca de si existe la posibilidad de que algún tribunal del Poder Judicial de la Provincia de Salta revise las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de dicha provincia.

Para ello será necesario, lógicamente, examinar las normas y jurisprudencia locales y nacionales como asimismo el derecho internacional en materia de derechos humanos, cuya influencia es cada vez mayor en nuestro sistema.

## II. Antecedentes en el orden nacional:

### El juicio político y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una primera etapa jurisprudencial que comienza con el caso “Castellanos”<sup>1</sup>, negó la posibilidad de revisar las decisiones adoptadas en el marco de un juicio político. Esa postura, invariable desde 1922 hasta 1986, tuvo como fundamentos que la decisión no provenía de un “tribunal de justicia” y que se trataba de una cuestión política y, por lo tanto, no justiciable.

Posteriormente cambió esa posición a partir de los casos “Graffigna Latino”<sup>2</sup> y “Nicosia”<sup>3</sup>, aunque dejando establecido que la revisión judicial tiene alcance limitado a los supuestos en que se verifica una afectación al derecho de defensa en juicio de los magistrados acusados y que, asimismo, tal afectación pueda ser relevante para el resultado de la causa.

Sin perder de vista que las doctrinas citadas se refieren al juicio político y no al enjuiciamiento de magistrados inferiores bajo examen, la similitud de ambos institutos permite que aquellas sean plenamente aplicables a éste, y han sido tenidos en cuenta por las Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias de nuestro país a la hora de resolver asuntos relativos a la destitución de sus magistrados. De ahí la importancia de traerlos a colación, como punto de partida.

### El artículo 115 de la Constitución Nacional y la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

El artículo 115 de la Constitución Nacional establece que: “*Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. [...]*”.

---

<sup>1</sup>C.S.J.N., fallos, 136:147 (1922).

<sup>2</sup>C.S.J.N., fallos, 308:961 (1986).

<sup>3</sup>C.S.J.N., fallos, 316:2490 (1993).

Pese a la contundencia del texto transcrito, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido<sup>4</sup>, en sentido contrario a la letra de aquella norma, que el fallo dictado por el jurado de enjuiciamiento no escapa a la revisión de los tribunales de justicia, aunque tal revisión se encuentra limitada a casos en que se invoquen fundamentos de fuste tendientes a demostrar que el derecho a un debido proceso se ha visto menoscabado.

Para el cimero Tribunal, entonces, el artículo en cuestión será constitucional en la medida de que se lo entienda en un sentido diferente del que surge de su propia literalidad.

### **III. Recursos previstos por la ley provincial:**

La ley 1306 y sus modificatorias eran la normativa aplicable en la provincia en lo relativo al proceso de destitución de los magistrados inferiores. Luego, en el año 2001, es derogada por la ley 7138, la cual continúa vigente hasta la fecha. Esta no prevé recurso alguno contra las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, salvo la “instancia aclaratoria” contra la sentencia, la que deberá interponerse en el plazo de 1 (un) día (art. 23 último párrafo)<sup>5</sup>.

Más aún, califica expresamente de “irrecurribles” tanto a la resolución que rechaza sin más trámite la acusación que sea manifiestamente infundada, como a la sentencia (arts. 12 quinto párrafo y 23 último párrafo, respectivamente). Interpretamos que en el primer caso “el interesado” sería quien formuló la acusación (recordemos que el acusador no es considerado parte por el art. 10 de la ley cit.); en el segundo, en cambio, sería el magistrado sometido al proceso.

Entonces para la ley salteña, igual que para el artículo 115 de la Constitución Nacional, no cabe la posibilidad de impugnar los pronunciamientos del Jurado de Enjuiciamiento.

### **IV. Jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta:**

Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley de enjuiciamiento de magistrados, la Corte provincial ha sostenido, con sustento en el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Graffigna Latino” ya mentado, que los fallos del Jurado de Enjuiciamiento no son ajenos al recurso de inconstitucionalidad local cuando se invoca verosímilmente y con la seriedad suficiente una lesión a las garantías a un debido proceso y la defensa en juicio.

Así la Corte salteña, en forma pretoriana, dejó abierta la posibilidad de atacar un fallo del Jurado de Enjuiciamiento mediante la interposición del recurso de inconstitucionalidad previsto por el artículo 297 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial y, de ese modo, permite desde entonces la revisión judicial de lo decidido por aquel Jurado. No obstante lo cual, delimitó su alcance en los siguientes términos: *“La revisión ejercida a través del recurso de inconstitucionalidad, no constituye una potestad jurisdiccional que autorice a sustituir el criterio del Jurado de Enjuiciamiento por el de esta Corte, en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento. La Constitución Provincial, en el art. 160, deposita en el mencionado Jurado la valoración de la conducta del magistrado, y a esta Corte corresponde el control de que en el proceso respectivo se haya ajustado a*

---

<sup>4</sup>Cfr. C.S.J.N., “Brusa”, fallos, 326:4816 (2003).

<sup>5</sup> La ley nacional 24937 también prevé el pedido de aclaratoria, ante el propio Jurado (art. 27) y dentro del plazo de 3 (tres) días. No contiene otra disposición por la cual se pueda cuestionar de algún modo lo resuelto por el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados.

*la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, tanto en sus aspectos sustanciales como adjetivos<sup>6</sup>.”*

## **V. Algunas consideraciones respecto de la vía impugnativa:**

### **En la ley anterior:**

La ley 1306 no contemplaba expresamente la posibilidad de que se articulen recursos contra las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento, pero, en el propio entendimiento de ese Jurado, ello no significó sostener que sus fallos no podían ser revisados<sup>7</sup>. Así por ejemplo, entre los años 1995 a 1997, tiempos en los que la ley se encontraba vigente, el Jurado destituyó a algunos magistrados<sup>8</sup> y, a su turno, cada uno de ellos interpuso el recurso de inconstitucionalidad previsto por el artículo 297 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial, directamente ante el Jurado. Esos recursos fueron denegados<sup>9</sup> y, en consecuencia, los jueces destituidos acudieron, por su orden, en queja ante la Corte de Justicia, la que rechazó esos planteos<sup>10</sup>.

Lo importante para destacar sobre este punto es que durante la vigencia de ley 1306 tanto el Jurado como la Corte entendieron que era viable la revisión de los fallos por los cuales se separaban a los jueces de su cargo. La práctica de ellos era impugnar la sentencia desfavorable directamente ante el Jurado y, tras un resultado adverso, optaban por la queja ante la Corte de Justicia.

### **En la ley actual:**

Ya vimos que la Corte de Salta ha señalado –pese a la “irrecurribilidad” a la que refiere la ley de enjuiciamiento de magistrados en vigor– que los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados son revisables judicialmente por la vía del recurso de inconstitucionalidad regulado por los artículos 297 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial.

Así lo ha resuelto también en otras cuestiones en las que entendió, por analogía, que ésa es la vía idónea para el control de constitucionalidad. Por ejemplo, cuando un concejal es sancionado y suspendido por el concejo deliberante<sup>11</sup> o contra sentencias arbitrarias emanadas de los ex Juzgados Correccionales y de Garantías al resolver las “apelaciones directas” previstas por el Código Fiscal o contra las multas o decomisos dispuestos por la Dirección General de Rentas<sup>12</sup>.

Siguiendo ese entendimiento, podemos concluir que la Corte ha ampliado, al menos tácitamente, su competencia originaria para el sometimiento a reexamen de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, dando por sentado que el enjuiciamiento de magistrados no es, en sentido estricto, una instancia judicial;

---

<sup>6</sup>C.J.S., “Gareca”, Tomo 84:1041 (2003).

<sup>7</sup>Resoluciones del Jurado de Enjuiciamiento, “Badano”, Tomo 3, folios 187/196.

<sup>8</sup>Se trata de los casos “Gómez Augier”, “Badano” y “Masciotti” (v. Resoluciones del Jurado de Enjuiciamiento, Tomo 3, folios 121/150, 151/168 y 317/336, respectivamente).

<sup>9</sup>Resoluciones del Jurado de Enjuiciamiento, Tomo 3, folios 177/186, 187/196 y 337/350, respectivamente.

<sup>10</sup>C.J.S., “Gómez Augier”, Tomo 50:495 (1994); “Badano”, Tomo 54:311 (1995) y “Masciotti”, Tomo 56:753 (1996).

<sup>11</sup>C.J.S., “Bordón”, Tomo 177:895 (2013).

<sup>12</sup>C.J.S., “Agroareco S.A.”, Tomo 140:7 (2009).

es decir, habría una única instancia jurisdiccional, al menos en el ámbito provincial, destinada a la revisión aludida<sup>13</sup>.

### **Otras alternativas para revocar la sentencia adversa:**

Cabe preguntarse si la vía mencionada (art. 297 del CPCC) sería la única manera de perseguir la revocación del fallo que destituye a un magistrado o, por el contrario, si serían viables otras, como por ejemplo un amparo, una acción de nulidad o incluso una acción de revisión penal<sup>14</sup>.

Todas ellas tienen, sin dudas, una mayor amplitud de debate y prueba en contraposición al recurso de inconstitucionalidad, por lo que sería una alternativa interesante para quien pretenda abrogar el fallo que le es desfavorable. Asimismo, tales vías corresponden a la competencia de los tribunales de instancias inferiores, por lo que para el caso de que se resuelva de forma adversa, quedaría expedita además la instancia apelativa.

No tenemos conocimiento de que se haya seguido dentro del fuero salteño alguna de aquellas vías propuestas como disyuntiva al recurso de inconstitucionalidad. Consideramos que tendrían bajísimas posibilidades andamiento, en atención a la postura fijada en los antecedentes jurisprudenciales citados.

Quizás en aquellos supuestos de arbitrariedad o ilegalidad sumamente extremas y evidentes, el amparo tenga mayores chances de proceder respecto de las demás. No olvidemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que en virtud de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana, las personas destituidas tienen derecho a que un tribunal judicial revise las probables violaciones al debido proceso y a otros derechos humanos que se hayan podido cometer durante su tramitación. Asimismo, establece como parámetros para la revisión, que sea posible, amplia y fundada<sup>15</sup>.

Hechas las consideraciones precedentes, tengamos presente que la ley 7138 contempla, en su artículo 32, la aplicación supletoria del Código Procesal Penal en la medida de que no se oponga a sus prescripciones. Sobre este punto se generaron algunos inconvenientes, ya que dicho ordenamiento regula también el recurso de inconstitucionalidad en su artículo 483 (texto según ley 6345 y sus modificatorias); es decir que en el ámbito procesal local tenemos legislado ese recurso tanto en el fuero civil como en el penal, cada uno con distinto trámite y plazo procesal para su interposición (5 y 10 días, respectivamente). Ello ha provocado algunos inconvenientes para quienes pretenden la revisión del fallo.

Así, hubo un caso en el que un ex juez<sup>16</sup> impugnó por la vía del recurso de inconstitucionalidad previsto por el Código Procesal Penal (texto según ley 6345) el fallo que, por mayoría de votos, lo destituyó del cargo. Corrida vista al señor Fiscal ante la Corte, se pronunció por el rechazo del recurso intentado en razón de su extemporaneidad, ya que el artículo 298 del Código Procesal Civil y

---

<sup>13</sup>El Tribunal ha dicho también, en reiteradas ocasiones, que la competencia originaria es limitada, de excepción y de interpretación restrictiva, habilitada para los casos específicamente contemplados por la constitución (Tomo 135:569, entre muchos otros).

<sup>14</sup>En los términos de los arts. 559 y siguientes del Código Procesal Penal (texto según ley 7690), en correlación con el art. 32 de la ley 7138.

<sup>15</sup>Opinión consultiva 9/87.

<sup>16</sup>Se trata del caso "Gareca" (C.J.S. cit. Tomo 84:1041).

Comercial, aplicable a la especie según la doctrina del máximo Tribunal provincial, establece el plazo de 5 (cinco) días para su interposición.

La Corte, por el contrario, consideró que el impugnante podría haberse visto inducido a error por la ya aludida aplicación supletoria del Código Procesal Penal y, consecuentemente, dejó de lado el reparo formal para entrar en el análisis del recurso, el que finalmente fue rechazado por cuestiones de índole sustancial<sup>17</sup>.

#### **VI. Otras decisiones del jurado:**

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, antes de dictar la sentencia definitiva, puede dictar otro tipo de resoluciones interlocutorias como por ejemplo: la resolución sobre excusación o recusación de sus miembros; la que rechaza sin más trámite la acusación si fuera manifiestamente infundada; la que aplica multa al acusador malicioso; la que decide sobre la admisibilidad formal o no de la acusación; la que dispone que el debate tenga lugar a puertas cerradas; la que regula los honorarios de los letrados y de los peritos que actuaron en el jury. También dicta providencias simples o de mero trámite.

Todas ellas son decisiones de menor trascendencia –en comparación con la sentencia definitiva- y que tampoco son susceptibles de revisión, pero ¿qué puede hacer el interesado en los supuestos de que se vea perjudicado por error en aquellas resoluciones del Jurado y que tenga el interés suficiente?

Recordemos que el Jurado de Enjuiciamiento debe decidir una cuestión sumamente delicada (la permanencia o no de un magistrado en su cargo) en el plazo de cuatro meses contados a partir de la acusación, bajo sanción de caducidad, y que el no juzgamiento oportuno es causal de destitución e inhabilitación para ocupar cargos públicos respecto de sus miembros<sup>18</sup>. Sumado a ello, su integración es compleja<sup>19</sup>, circunstancias que propenden, a nuestro criterio, a que se incurra en algún error.

Por ello, consideramos que la respuesta para estos casos podría ser el denominado recurso de revocatoria *in extremis*<sup>20</sup>, cuando la equivocación en el pronunciamiento sea grosera, material o esencial y de la que, además, se derive una grave injusticia.

#### **VII. Conclusión y reflexiones finales:**

En el jury de enjuiciamiento la actividad impugnativa es casi nula. Los magistrados que sean destituidos sólo contarán con el recurso extraordinario de inconstitucionalidad local (art. 297 y siguientes del CPCC), restringido solamente a los casos de violación de la garantía a un debido proceso. Es decir, hay una única instancia judicial.

El último caso que llegó a la Corte de Justicia por esa vía fue en el 2003. Habrá que esperar para ver si esa doctrina se flexibiliza en los casos venideros y

---

<sup>17</sup>No perdamos de vista que la derogada ley 1306 disponía la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que la Corte tuvo en cuenta ese dato como fundamento para superar el aludido obstáculo formal.

<sup>18</sup>Cfr. art. 160 de la Constitución Provincial.

<sup>19</sup>Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento pertenecen, a su vez, a distintos órganos (Corte, Cámaras legislativas, etc., v. art. 2º de la ley 7138), lo que trae aparejadas ciertas dificultades a la hora de la circulación del expediente para la votación.

<sup>20</sup>Cfr. JORGE W. PEYRANO, "Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición *in extremis*", La Ley, 1997.

qué consecuencias derivan de la denominada garantía de la doble instancia<sup>21</sup>, y de los precedentes “Herrera Ulloa<sup>22</sup>”, “Casal<sup>23</sup>”, etcétera.

Por último, pensamos que en oportunidad de una eventual reforma legislativa sobre el tema, sería conveniente adecuar la legislación provincial para evitar inconvenientes como los expuestos supra.

---

<sup>21</sup>Cfr. C.A.D.H, art. 8.

<sup>22</sup>Corte I.D.H, sentencia del 2/7/2004, serie C, nº 107.

<sup>23</sup>C.S.J.N., Fallos 328:3399 (2005).

## **La Responsabilidad Política de los Jueces por el Contenido de sus Sentencias. Remoción en la Provincia de Tucumán**

**Por Mariel del Valle Astrada**

**1. Introducción.** En una sociedad organizada, en un estado democrático, que ha adoptado un sistema representativo, republicano y federal, tamaña responsabilidad recae en manos del Poder Judicial a través del desempeño de sus miembros en el ejercicio de sus tareas. Son los miembros del Poder Judicial los que a través de su actuación deben procurar el respeto por el orden público del Estado democrático y el bien común, incluyendo a tal fin también a todos los operadores del derecho y demás auxiliares de justicia. Ya se ha advertido que los conflictos son inevitables y recurrentes, los cuales son canalizados a través de instituciones que respeten en la mayor medida posible a los individuos evitando la violencia. Tomando decisiones razonables, no perfectas sino aceptables y justas para la sociedad, se recuperará la confianza de la sociedad en los jueces. Solo así se habrá cumplido con la más grande y digna responsabilidad que el estado y la sociedad les ha confiado: la de administrar justicia.

**2. La responsabilidad de los jueces.** Son los jueces la imagen viva del Poder Judicial y quienes procuran impartir justicia en su diario quehacer. El pronunciamiento judicial es la culminación de la actividad jurisdiccional y se pretende que sea expresión de justicia. La conducta de los magistrados debe apreciarse con parámetros exigentes de manera que garantice que la función judicial sea ejercida por personas idóneas. Los jueces son los guardianes del Estado de derecho, la soberanía del pueblo y la supremacía constitucional; son, por ende los custodios de los derechos reconocidos, de las garantías acordadas y de los poderes democráticamente existentes. Ello exige una vocación particular cuya realización plena impone un sentido de prudencia, medida y una conciencia de la responsabilidad que está por encima de lo que puede requerir el ejercicio de otras funciones (1).

El juez no administra ni legisla, sino que interpreta el orden jurídico existente. Por lo tanto es fundamental la idoneidad del juez para comprender profundamente el ordenamiento legal y sus principios, que deben ser aplicados en el caso concreto con independencia e imparcialidad.

Las instituciones no son buenas ni malas, sino que dependen de las personas que la componen; y a mayor poder, mayor exigencia de responsabilidad y mayor necesidad de control. Por ello, como es sabido los jueces a fin de lograr un correcto funcionamiento de la actividad jurisdiccional, están sujetos a diversas responsabilidades (política, civil, penal, disciplinaria y ética) debido a los distintos bienes o valores jurídicos a proteger. La civil cuando se ha producido un daño a la administración o a terceros; la penal cuando incurre en un delito previsto en el Código Penal y leyes especiales; la ética, tiene por objeto el respeto de recomendaciones morales previstas en códigos de ética o simplemente principios morales o estándares de conducta aceptados como correctos en la sociedad (muchas provincias ya tienen su código de ética). Responsabilidad política refiere a las causales fijadas por la Constitución para sancionar la conducta de los magistrados a través de un juicio político, ya que el órgano encargado de realizar

el procedimiento de enjuiciamiento está integrado por políticos. Y respecto a la disciplinaria, a fin de lograr un buen funcionamiento del Poder Judicial, las sanciones disciplinarias, buscan el orden del aparato administrativo procurando que el magistrado cumpla sus deberes reglados e inherentes al servicio, tratando que en caso de incurrir en una falta, no se vuelva a cometer la misma, teniendo además por finalidad un efecto ejemplificador para prevenir incumplimientos futuros. Es de resaltar, que un mismo hecho puede generar la aplicación de dos o más tipos de responsabilidades, pues tutelan como vimos, intereses jurídicos, valores y principios diversos.

### **3. Responsabilidad política de los magistrados judiciales. Remoción.**

El artículo 53 de nuestra Constitución Nacional prevé tres causales para la remoción de los magistrados judiciales: mal desempeño, delito cometido en ejercicio de la función y delitos comunes. En un sentido amplio, la causal de mal desempeño tiene un carácter genérico y residual siendo capaz de abarcar a las otras dos.

Sostiene Alfonso Santiago que el mal desempeño se produce cuando la conducta de un magistrado, luego de su nombramiento pone de manifiesto que carece o ha perdido las condiciones necesarias para continuar en el ejercicio de su cargo (2). Además de definirlo como la contracara de la buena conducta referida por el art. 110 de la C.N., condición para la continuidad en el cargo, Santiago lo define como "toda pérdida de aptitud funcional por parte de un magistrado judicial que se pone de manifiesto a través de su actuación funcional o extra funcional" (3).

Este concepto indeterminado y elástico debe ser precisado caso por caso a partir de un juicio de responsabilidad que se haga sobre el desempeño de vida del magistrado dentro y/o fuera de su función.

El proceso de remoción (previsto en la CN a fin de evaluar la responsabilidad política del magistrado acusado) tiene aspectos reglados y aspectos discrecionales, estos últimos debido al criterio con que se aprecia la acreditación de la causal invocada y la consecuente remoción o no del cargo; para lo cual se debe tener presente, si existe un notable abandono de los deberes a su cargo, o un cumplimiento con los requisitos de idoneidad que debe mantener el magistrado sin haberse afectado la misma.

Destaca Santiago, con lo que coincide ampliamente, que se trata de un proceso constitucional especial, de naturaleza mixta jurídico - política, que tiene similitudes y diferencias con los procesos judiciales ordinarios y se rige por reglas y principios propios. Se ejerce una función de naturaleza jurisdiccional pero de carácter no judicial, sino sui generis o política, que reconoce su fundamento directamente en la Constitución Nacional.

### **4. La responsabilidad política de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias.**

Uno de los temas más debatidos en el ámbito de la responsabilidad política de los magistrados judiciales es el de determinar si ellos pueden ser removidos por el contenido de las sentencias que dictan en el ejercicio de su función jurisdiccional. Es decir, si dentro del concepto genérico de mal desempeño puede comprender excepcionalmente el modo irregular en que los jueces interpretan y aplican el derecho y resuelven las causas sujetas a su jurisdicción.

Las decisiones de los jueces son su "desempeño" más importante, pues son las únicas que producen efectos con relación a los integrantes de la sociedad y a través de ellas se declara con fuerza vinculante que una conducta es obligatoria, permitida o prohibida. Los jueces, por intermedio de sus resoluciones, son los únicos autorizados a privar de la libertad a sus semejantes y a restringir derechos tan importantes como la intimidad, la propiedad o la libertad de expresión (4).

Los jueces pueden responder políticamente por sus sentencias pero para que ello ocurra debe haberse apartado de lo jurídicamente admisible. No existe reparo jurídico para analizar íntegramente la resolución de un juez, para dar respuesta sustancial tanto al denunciante como a la sociedad acerca de su desempeño.

Si el magistrado utilizó criterios jurídicos válidos, acertado o no, será una cuestión opinable, protegiéndolo su independencia ya que actuó legítimamente.

La independencia judicial que la Constitución busca asegurar al Poder Judicial no equivale a un "bill de indemnidad" que se reconoce a cada juez por su actuación jurisdiccional, ni protege sus abusos y excesos cuando ellos son manifiestos.

Cuando la sentencia es inequívocamente apartada del derecho, su análisis deberá continuar para determinar si existe o no mal desempeño; verificando en cada caso concreto: el error judicial (aislado, reiterado o gravísimo), o desvío de poder (con o sin pérdida de imparcialidad) y además, tener presente la conducta funcional de la persona involucrada (5). Deben distinguirse las cuestiones opinables de derecho y aun los comunes errores judiciales, respecto de las cuales no es admisible la promoción de juicio político al juez por el criterio que haya asumido; de los fallos que constituyen absurdos o presuponen la pérdida de imparcialidad, que pueden configurar la causal de mal desempeño.

**5. Responsabilidad política y remoción de magistrados en la provincia de Tucumán.** En el Poder Judicial de la provincia de Tucumán, están alcanzados por esta responsabilidad los jueces de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores, los representantes del Ministerio Fiscal y del Pupilar. La Constitución de Tucumán (C.T.) en su artículo 47 refiere como causales de juicio político las siguientes: "delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, delitos comunes y falta de cumplimiento de los deberes a su cargo" y en su artículo 110 reza: "...permanecerán en sus cargos mientras dure su buena conducta". Pero mientras los miembros de la Corte Suprema y el Ministro Fiscal se hallan sometidos a juicio político por ante la Legislatura (art. 124 C.T.), los demás miembros del Poder Judicial se encuentran sometidos al Jurado de Enjuiciamiento (art. 125 C.T.). La acusación en ambos casos se hará por ante la Comisión permanente de Juicio Político (art. 48 y 129 C.T.) y los efectos del fallo será la destitución del acusado con la posibilidad de declararlo incapaz de ocupar puesto de honor o a sueldo de la Provincia (art. 49 C.T.). Durante la tramitación del juicio político los acusados no podrán ser suspendidos en sus funciones. La sentencia dictada por la Legislatura o por el Jurado de Enjuiciamiento es irrecurrible y no sujeta a revisión por el Poder Judicial (arts. 124 y 130 C.T. y art. 26 Ley 6374).

Reglamentan el Juicio Político y el proceso ante el Jurado de enjuiciamiento las siguientes leyes provinciales: ley 8199 promulgada el 10/08/09 la cual deroga a la Ley 7977; y la Ley 7586 promulgada el 15/07/05 modificando algunos artículos de la Ley 6374 vigente. Cabe advertir que en el Código Procesal

Civil y Comercial de Tucumán (Ley 6176) en su artículo 48 refiere a los requisitos para la procedencia de la queja por Retardo de Justicia, y en concordancia al mismo en su art. 51 establece que vencidos los plazos legales o establecidos por el superior, los jueces que omitieran pronunciar sentencia o voto, incurrirán en "mal desempeño" del cargo y si esa circunstancia se repitiera por tres veces en el año calendario, serán pasibles de "enjuiciamiento como magistrados". En el art. 52 se establece que la Corte suprema de Justicia en uso de las facultades de superintendencia prevista en el art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley provincial 6238) ejerce el control para obtener el cumplimiento del deber de los magistrados de administrar justicia, y para prevenir que los jueces incurran en retardo de justicia o mal desempeño.

La Corte al ejercer la "superintendencia de la administración de justicia" otorgada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art.13) se encuentra habilitada para dictar reglamentaciones necesarias para controlar la actividad funcional de los jueces y para sancionar (responsabilidad disciplinaria) en caso de incumplimiento, en aras de la debida y eficiente prestación del servicio de justicia. La Acordada 29/00 refiere a los informes cuatrimestrales sobre los expedientes pendientes de dictado de sentencias definitivas e interlocutorias. También la Corte mediante Acordada 463/03 ha creado el Departamento de Auditoría, y mediante Acordada 122/11 ha creado la Oficina de Gestión, con el fin de velar para que la calidad de servicio de justicia sea máxima y lo sea cumpliendo los plazos estipulados procesalmente.

En el segundo párrafo del art. 52 referido, se establece que nuestra Corte deberá remitir los antecedentes para el juzgamiento establecido en la Constitución, ello sin perjuicio del derecho de los particulares litigantes de promover también el enjuiciamiento político. Por último cabe aclarar que en esta provincia de Tucumán el Consejo Asesor de la Magistratura se erige desde el 30 de octubre de 2009 e incorporado en el ordenamiento público local a partir del art. 101 inc. 5° de la Constitución Provincial y reglamentado por la ley 8197. La competencia de este órgano radica en la selección de los mejores candidatos a jueces de primera y segunda instancia y miembros del Ministerio Público, mediante un proceso que comprende el examen de oposición, evaluación de antecedentes y entrevistas personales, finalizando con la elevación de una terna al Poder Ejecutivo Provincial, quien elegirá de manera ulterior, remitiendo el pedido de acuerdo a la H. Legislatura de Tucumán.

Luego de un proceso de aprendizaje y debate social se entendió que la organización y procedimiento para designar a los futuros magistrados no era una cuestión menor en el andamiaje del sistema republicano puesto que en gran medida, de ello dependía la independencia de uno de los poderes del Estado.

**Caso Freidenberg, una remoción por el contenido de su sentencia.** Un caso resonante en esta provincia de Tucumán, tuvo como protagonista a la Dra. Alicia Freidenberg de Ferreira. La jueza había sido destituida de su cargo el 13/01/06 por mal desempeño mediante resolución del Tribunal de la Legislatura, en virtud del juicio político incoado en su contra por un particular. Tras su destitución la jueza había presentado un amparo ante la Corte Suprema de la provincia pero fue rechazado in limine, no haciendo lugar al pedido de inconstitucionalidad del art. 51, inc. 1 de la Ley 6944 (Código Procesal Constitucional de Tucumán). El art. 51 de la ley 6944, Código Procesal Constitucional, establece que "la acción de amparo no es admisible: 1- cuando se tratare de un acto jurisdiccional emanado... del tribunal de la legislatura en Juicio Político".

Sin embargo la amparista insistió y llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien en fecha 12/08/08 hizo lugar a su Recurso de queja, admitió el Recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada ordenando vuelva al tribunal de origen para el dictado de un nuevo fallo. Una vez en origen mediante sentencia de fecha 30/10/09 ordenaron la restitución de la magistrada a su cargo, haciendo lugar al amparo contra su destitución por mal desempeño dictada por la Legislatura provincial.

Los jueces Claudia Sbdar, Salvador Ruiz, Horacio Castellanos, Carlos Giovanniello y Antonio Estofán (en disidencia), integrantes de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, en autos caratulados “Freidenberg, Alicia vs. Estado Provincial (Honorable Legislatura) s/Acción de amparo”, ordenaron la restitución de la actora como magistrada de la Sala VI de la Cámara Penal de la ciudad capital al hacer lugar al amparo que presentó contra su destitución por mal desempeño dictada por la Legislatura provincial en enero de 2006.

La magistrada Alicia Beatriz Freidenberg de Ferreira había sido destituida por otorgar diez salidas a un preso que se terminó fugando y la Legislatura entendió que cometió mal desempeño en la aplicación de la ley de ejecución. Pero la Corte Suprema entendió que en el caso hubo una “ilegalidad manifiesta del pronunciamiento de remoción de la amparista, por inobservancia de la regla constitucional de inamovilidad de los magistrados provinciales mientras dure su buena conducta”.

“Los fundamentos que sustentan la remoción de la jueza Freidenberg revelan que ello es consecuencia de una diferente interpretación del régimen legal de ejecución de la pena privativa de libertad. La confrontación de los agravios esgrimidos por la amparista, con las razones del fallo destitutorio, muestra claramente un distinto enfoque valorativo de la ley nacional N° 24660.

Y resaltaron que “el contenido de las decisiones adoptadas en ejercicio de sus funciones no puede ser juzgado en la perspectiva de un tribunal revisor y en tanto se estime que aquellas decisiones fueron equivocadas; para lo cual el ordenamiento reconoce las vías recursivas pertinentes”.

“La remoción fundada exclusivamente en una distinta interpretación de la ley aplicada afecta de manera directa e inmediata la garantía de inamovilidad de los jueces. La subsunción de los precisos hechos atribuidos a Freidenberg revela por sí misma que su remoción es consecuencia de una determinada postura interpretativa acerca de lo estipulado por el art. 166 de la ley nacional 24660”, entendieron los integrantes de la Corte provincial.

“La amparista fue removida de su cargo por reprochársele decisiones que resultan de una determinada interpretación de la ley regulatoria de la ejecución de las penas privativas de libertad, que no se muestra inequívoca y ostensiblemente incompatible con el texto legal cuyo apartamiento ha sido motivo de acusación. Por lo contrario, la lectura del veredicto evidencia que las irregularidades atribuidas tienen como premisa una distinta concepción del régimen carcelario en vigencia”, expresaron en la sentencia.

Por su parte, el vocal Antonio Estofán votó por rechazar el amparo de la magistrada destituida: “Las impugnaciones de la recurrente están dirigidas a cuestiones que constituyen materias vinculadas al ejercicio de poderes reservados a la Legislatura, que excluyen la posibilidad de intervención del Poder Judicial, en tanto se trata de actuaciones realizadas en el marco de potestades constitucionalmente conferidas”, sostuvo en su disidencia.

**6. Conclusión final.** El principio general es que los magistrados no pueden ser juzgados por el contenido de sus sentencias si ellos ejercen de modo regular su actividad jurisdiccional. La independencia judicial, el deber de imparcialidad de los magistrados, la libertad de criterio con la que ellos deben decidir, la opinabilidad propia de las cuestiones jurídicas, la posibilidad de corregir los normales e inevitables errores judiciales a través de los recursos procesales ordinarios, justifican, entre otros motivos, la adopción de este principio general. Pero se reconocen dos supuestos en que sí deben hacerlo: el error judicial reiterado o gravísimo y todos los casos en los que se compruebe fehacientemente en su actuación la existencia de un desvío de poder jurisdiccional.

El deber de los jueces es, no solo aplicar la norma al caso concreto, sino prestar sus servicios con eficiencia y probidad. Impartir justicia es su misión, impartirla justa y pronta debe ser su compromiso.

Me atrevo a concluir este informe con un fragmento de Fray Benito Jerónimo Feijoo, monje benedictino español, en una carta (6) de un magistrado a su hijo designado juez en la España del siglo XVIII: “No sé hijo mío, si celebrar o llorar la noticia que me das de haberte honrado su majestad con la toga de juez. Te contemplo en una esclavitud. Ya no eres mío, ni tuyo, sino de todo el público. Las obligaciones de este cargo no solo te emanciparán de tu padre, también deben desprenderte de ti mismo. Ya se acabó el mirar por tu comodidad, por tu salud, por tu reposo...Tu propio bien, lo has de considerar como ajeno, y solo el público como propio, ya no habrá para ti paisanos, amigos y parientes, ya no tendrás patria, ni carne ni sangre. Si dudas contar con la ciencia suficiente o la salud necesaria para cargar con tan grave peso, si no sientes en ti un corazón robusto e insensible a los problemas y las amenazas de los poderosos. Si estas muy enamorado de la hermosura del oro, si te conoces muy sensible a los ruegos de los parientes y amigos, no puedes entrar con buena conciencia en la judicatura. Mas si has decidido tu ingreso...deberás ser como la encina, a trueque de cuajo derribada, y nunca inclinarte como la débil caña al soplo del viento. Tus pasiones...deberás dejarlas en los estrados del tribunal, pues has de juzgar sin afectos y sin odios. Tampoco deberás considerarte, por más grande que sea tu talento, genio inspirador, sino modesto servidor de justicia. El aplauso y la gloria, han de estar lejos de ti y solo la conciencia del deber cumplido constituirá tu más cara satisfacción...”.

#### **Referencias:**

(1) SESIN, Domingo en “Responsabilidad disciplinaria de los jueces” Pág. 657 de La responsabilidad Judicial y sus dimensiones. Tomo 1. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

(2) SANTIAGO, Alfonso en “Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño como causal de remoción de magistrados judiciales”. El Derecho. Buenos Aires, 2003. Pág.38.

(3) SANTIAGO, Alfonso en “Régimen constitucional de la responsabilidad política”. Pág. 73 de La responsabilidad Judicial y sus dimensiones. Tomo 1. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2006.

(4) FINN, Santiago en “Responsabilidad política del juez por el contenido de sus sentencias”. Pág. 383 de La responsabilidad Judicial y sus dimensiones. Tomo 1. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2006.

- (5) Conclusiones de FINN, Santiago en "Apartamiento del derecho". Págs. 387/401 de La responsabilidad Judicial y sus dimensiones. Tomo 1. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2006.
- (6) FEIJOO, Benito Jerónimo "Carta de un magistrado anciano a su hijo recién designado juez. España siglo XVIII". [www.biblioteca.org.ar/libros/1077.pdf](http://www.biblioteca.org.ar/libros/1077.pdf)



## La Responsabilidad Política de los Jueces en Salta por el contenido de sus Sentencias

Por Rosana Castro

El propósito del presente trabajo consiste en aportar una perspectiva crítica en torno a la visión jurídico-política evidenciada por el Jurado de Enjuiciamiento provincial al tiempo de analizar la admisibilidad del pedido de enjuiciamiento y destitución<sup>1</sup> del Dr. C.A.H. por las causales de mal desempeño e incumplimiento de los deberes a su cargo<sup>2</sup>. El Ministerio Público imputaba al acusado, entre otros, los siguientes cargos:

1) En los autos “Filipovich, Dante Oscar vs. Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta – Amparo”<sup>3</sup>, haber hecho lugar a la acción intentada mediante un pronunciamiento cuyo texto no había sido elaborado por el

---

<sup>1</sup> Formulado por el Procurador General de la Provincia.

<sup>2</sup> Conf. arts. 160 de la Constitución de la Provincia de Salta; 11 y 9 incs. d) y e) de la ley 7138 que expresamente establecen: “**ARTÍCULO 160 CP.- REMOCIÓN**. Los jueces de la Corte de Justicia están sujetos a juicio político, con idéntico procedimiento que el previsto para la remoción del Gobernador, por las causales de delito común, mala conducta, retardo de justicia, mal desempeño o falta de cumplimiento de los deberes a su cargo.

La formación de causa requiere el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, mayoría aplicable en todos los casos previstos en esta Constitución para la promoción de juicio político.

Los demás jueces pueden ser acusados por cualquiera del pueblo o por el Ministerio Público por las mismas causales previstas para los jueces de la Corte de Justicia por ante un jurado de enjuiciamiento integrado por el Presidente de la Corte que lo preside; un Juez de Corte elegido por sus pares; dos diputados y dos senadores, abogados si los hubiera, uno por la mayoría y otro por la primera minoría a propuesta de los respectivos bloques de cada Cámara; el Fiscal de Estado; un abogado de la matrícula designado por la Cámara de Diputados y un abogado de la matrícula designado por la Cámara de Senadores. Los abogados designados por ambas cámaras deberán reunir las condiciones exigidas para ser Juez de Corte.

Los miembros del jurado son elegidos cada dos años pudiendo ser reelectos. Actúa como secretario el Secretario de la Corte de Justicia que ésta designe cada dos años.

El jurado juzga en juicio público que debe concluir dentro de los cuatro meses contados a partir del momento de la acusación bajo sanción de caducidad. El fallo no tiene más efecto que destituir al acusado y aún declararlo inhábil para ocupar cargos en la provincia remitiéndose, en su caso, los antecedentes a la justicia ordinaria. Al declararse la admisibilidad formal y la existencia prima facie de motivos de destitución, previo a la sustanciación de juicio, el enjuiciado quedará suspendido en sus funciones.

El no juzgamiento en término de los responsables, por causas imputables a miembros del tribunal, es causal de destitución e inhabilitación para ocupar cargos públicos.

También es atribución del Jurado de Enjuiciamiento allanar la inmunidad de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público cuando se formule contra ellos acusación por delitos comunes.

Una ley regula todo lo atinente al funcionamiento de este tribunal, respetando, bajo sanción de nulidad, las reglas precedentemente establecidas”.

**ART. 11 - Ley 7138:** “El Ministerio Público podrá acusar, procediendo de propia iniciativa la que se llevará a cabo por parte del Procurador General de la Provincia...”.

**ART. 9 - Ley 7138:** “Los Jueces y funcionarios del Ministerio Público pueden ser acusados ante el Jurado de Enjuiciamiento por cualquiera del pueblo o por el Ministerio Público, por:

- a) Delito común.
- b) Mala conducta.
- c) Retardo de Justicia.
- d) Mal desempeño.
- e) Falta de cumplimiento de los deberes a su cargo.”

<sup>3</sup> Expte n° 19153/07 y n° CJS 30978/07.

magistrado sino por el actor -abogado- en tanto su contenido no sólo revelaba similitud con la redacción, lenguaje, uso de giros y expresiones idiomáticas utilizadas por éste en escritos del mismo expediente sino, además, las mismas construcciones gramaticales incorrectas constantemente empleadas por el letrado, idénticos errores de ortografía, como así también el empleo de un estilo literario que no se compadecía con anteriores del mismo magistrado.

2) El reiterado despacho de medidas cautelares en el marco de acciones de amparo, cuya admisión en los hechos provocaba el agotamiento de la cuestión de fondo tornando estéril todo posterior pedido de revocación o nulidad, con grave afectación del efectivo derecho de defensa en juicio.

3) Por último, la utilización sistemática de tales herramientas para intervenir en cuestiones cuya competencia correspondía, por lo general, al fuero federal, no obstante que la Corte de Justicia de la Provincia de Salta advirtiera al magistrado acerca de este tipo de irregularidades. Entre ellas, resultaban especialmente ilustrativas las sentencias dictadas en los siguientes autos:

a) “Mei Obras y Servicios SRL c/Secretaría de Obras Públicas – Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios - Dirección de Vialidad Nacional – Amparo”<sup>4</sup>, donde el magistrado despachó sin fundamento una cautelar que prohibía a las demandadas invocar la Resolución n° 662/09<sup>5</sup> del Ministerio de Planificación Federal, Inversión y Servicios para excluir a la amparista como oferente, adjudicataria o contratista, en los procesos de selección de contratistas de cualquier tipo.

Mediante el citado acto, la Administración había rescindido un contrato de obra pública celebrado entre la Subsecretaría de Recursos Hídricos dependiente de la Secretaría de Obras Públicas de la referida cartera ministerial de la Nación y dicha empresa<sup>6</sup>, por culpa de ésta última. Planteada la incompetencia local por el Estado Nacional, el juez acusado se inhibió de entender en la causa; ello sin embargo, a través de mecanismos procesales improcedentes consiguió mantener la eficacia de la medida cautelar ordenada, interfiriendo así en el ejercicio de funciones de autoridades estatales de la Nación.

b) “Salinas Quispe, Ruddy -en nombre y representación de la firma Angelita Golosinas- vs. RENAR (Registro Nacional de Armas) – Amparo”<sup>7</sup>.

En sede administrativa, el RENAR había labrado un acta de inspección en un depósito del accionante al constatar -entre otras irregularidades- la existencia de 6.982 bultos de pirotecnia; que el inmueble donde se encontraban no reunía las condiciones de seguridad exigidas por la normativa aplicable; que se carecía de habilitación que debía otorgar tal organismo y el actor no estaba inscripto en categoría alguna de usuarios de pirotecnia. Bajo tales condiciones, dicho ente ordenó el secuestro del material explosivo que dejó preventivamente en el depósito bajo consigna policial, dispuso intimar a las firmas proveedoras su retiro y traslado a sus depósitos designándolas depositarias judiciales sin derecho a su

---

<sup>4</sup> Expte. n° 23220/09.

<sup>5</sup> Hasta que dicho acto estuviese firme, pese que de conformidad con lo establecido en el art. 12 de la ley 19549, los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria; de allí que los recursos que interpongan los administrados no suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario; situación que no se verificaba en la especie.

<sup>6</sup> Para la construcción de desagües pluviales y accesorios en la localidad de Metán de la Provincia de Salta.

<sup>7</sup> Expte. n° 21994/08.

comercialización y, finalmente, demandó la destrucción del material identificado con la marca “Hong Kong”, en razón de tener la firma su habilitación vencida.

Las citadas medidas, inherentes al ejercicio del poder de policía que legalmente compete al RENAR, no pudieron concretarse -sostuvo la acusación- toda vez que el magistrado en cuestión acogió una cautelar innovativa y en su mérito, ordenó el inmediato levantamiento de las citadas disposiciones, la entrega de la mercadería al actor<sup>8</sup> y, además, autorizó su venta durante las fiestas de fin de año de 2008. Así, desde la perspectiva acusatoria, se consideró que sin la prudencia y sensatez esperables en todo juez, el imputado había dispuesto de más de 104 toneladas de pirotecnia poniendo en riesgo la seguridad pública y que al agotar la materia del amparo, cercenó el derecho de defensa del RENAR.

En materia de amparo, cabe tener presente que el art. 87 de la Constitución provincial expresamente determina que “todo Juez Letrado es competente para entender” en esta clase de acciones, aún cuando integre un tribunal colegiado; por ende, huelga decir que los ciudadanos pueden libremente elegir el magistrado que a su criterio deba intervenir en ellas. En ese contexto es posible comprender la importancia que el Ministerio Público acusador<sup>9</sup> atribuyera a lo que calificó como el “patrón de conducta” seguido en los procesos de tutela urgente.

La acusación comprendía siete cargos más signados por un mismo “modus operandi”<sup>10</sup> en cuanto a la supuesta manipulación de cautelares requeridas en el marco de acciones de amparo y la indebida intromisión en asuntos de incumbencia federal, todos los cuales permitían vislumbrar el objetado comportamiento.

Respecto de las mencionadas causas “Filipovich”, “Salinas Quispe” y “MEI”, la postura mayoritaria<sup>11</sup> compartió la solución jurídica propuesta en el primer voto<sup>12</sup> en cuanto a la declaración de admisibilidad formal de la acusación. Sin embargo, con relación al resto de los casos, aquélla aplicó una suerte de plazo de caducidad para formular la acusación señalando que el tiempo transcurrido desde la sustanciación de las otras causas, la conformidad y posterior inactividad propia o falta de reclamo durante tantos años del órgano predisposto para instar la actuación del Jurado de Enjuiciamiento y de los propios particulares, tornaban inhábiles su consideración como parte de la

---

<sup>8</sup> A través de un Juez de Paz de la localidad de Cerrillos donde se ubicaba el depósito en cuestión.

<sup>9</sup> Y parte del Tribunal integrado por el Presidente de la Corte de Justicia: Dr. Guillermo Alberto Posadas y el Fiscal de Estado, Dr. Nicolás Casali Rey.

<sup>10</sup> En los autos: “Decotevé SA vs. Dayco Holding Ltda. – Amparo”, Expte. n° A 19305/00 y n° CJS 22536/01; “Decotevé SA; Cable Express SA vs. Cablevisión Federal SA – Santa Clara de Asís SA – Enlaces SA – Amparo, Expte n° 1717/01 y CJS 23241/01; “Norte Visión Satelital y/u otros vs. Cablevisión Federal SA – Amparo - Competencia”, Expte. N° CJS 23430/02; “Vera Cucchiaro, Javier Jesús vs. Banco Hipotecario SS – Piezas pertenecientes – Amparo”, Expte n° 3986/02 y n° CJS 24136/02; “Empresa de Transporte San Cayetano SA vs. Emp Signatarias del Convenio de Estab del Suministro de Gas Oil y otros – Amparo”, Expte n° 5120/02 y n° CJS 24912/03; “Palacios, Juan Alberto vs. Municipalidad de la ciudad de Salta – Dirección de Control – Amparo”, Expte n° 3451/02 y n° CJS 23843/02 y, por último, “Moreno, Nicolás del Valle; Ferreira, Pedro Fidel, en su calidad de socios de la A.C.D.P.U.S. vs. Asociación Cultural y Deportiva de Profesionales Universitarios de Salta (ACDPUS) – Amparo”, Expte. n° A 15338/98 y n° CJS 20687/98.

<sup>11</sup> Integrada por los Sres. Juez de Corte Gustavo Ferraris, los Senadores Dr. Jorge Pablo Soto, Dr. Guillermo López Mirau, los Diputados Pedro Sánchez y Julio De Vita y la Dra. Mónica Antacle.

<sup>12</sup> Suscripto por Presidente de la Corte de Justicia de Salta y el Fiscal de Estado.

acusación. De tal suerte y en beneficio del acusado, se entendió que podía verse afectada la garantía de juzgamiento en un plazo razonable asegurado por los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>13</sup>.

La concreción del postulado riesgo resultaba dudosa. Ello es así, pues los precedentes desechados por el voto mayoritario sólo constituían elementos reveladores del “patrón de conducta” que indicara la acusación como mantenida por el imputado a lo largo de un determinado lapso, sin que el transcurso del tiempo tenga la virtualidad para validamente eludir la ponderación de hechos que, en su conjunto, resultaban indicativos de la cuestionada idoneidad del funcionario judicial. Máxime si se valora, por un lado, que el ordenamiento legal no determina un plazo para la promoción de este tipo de procesos y por añadidura, que la aludida garantía no contempla tal hipótesis sino refiere a la dilación de los ya iniciados y en curso de tramitación.

Y es que la responsabilidad política, a más de estar inescindiblemente vinculada a la pérdida de legitimidad para el ejercicio que todo alto cargo público reclama<sup>14</sup>, encuentra su fundamento en el complejo de principios propios del Estado de Derecho<sup>15</sup> dentro del cual tienen cabida dos de los preceptos rectores en la materia sentados por nuestros constituyentes en el Preámbulo de la Constitución Nacional: el afianzamiento de la justicia y asegurar los beneficios de la libertad.

En otro orden de consideraciones, el primer voto minoritario<sup>16</sup> que en este aspecto compartió la mayoría, dejó establecido que por no ser un tribunal de justicia, no le correspondía en principio juzgar acerca del acierto o error de las resoluciones judiciales ni expedirse sobre el mérito de los pronunciamientos emitidos por los jueces en ejercicio del poder jurisdiccional del que están investidos; pero, en cambio, sí le cabía examinar si dentro del ámbito en el que juega la facultad decisoria del juez se ha violado la Constitución y las leyes o quebrantado las reglas de la lógica. A tenor de la doctrina de la Corte Federal<sup>17</sup>, partió del principio con arreglo al cual la forma de resolver las cuestiones procesales o de fondo que se plantean en los expedientes son muchas veces opinables y una diferencia de criterio, por más que sea sustancial, no autoriza a formular cargos como la falta de idoneidad. No obstante, en el caso se estimó que no era posible atribuir a la acusación una simple disconformidad con la actuación del juez o un problema de criterios, sino de posibles yerros cometidos de manera sistemática y con abandono del deber de imparcialidad, “atributo inabdicable de la

---

<sup>13</sup> En esa inteligencia, el apuntado criterio mayoritario argumentó que cabía advertir “las perniciosas secuelas y el peligroso contrasentido que, con carácter general, implicaría para la totalidad de los operadores del servicio de justicia someter sus decisiones con carácter de cosa juzgada, indefinidamente, en todo tiempo y lugar, a una eventual y tardía acusación, en desmedro de los principios de independencia, imparcialidad y, porque no de inamovilidad, que rigen tan alta función”.

<sup>14</sup> De allí que la idoneidad importe una cualidad que no sólo deba existir al tiempo de su nombramiento sino que constituya una condición que tiene que perdurar durante todo su ejercicio (Del dictamen del Procurador General en el caso “Moline O’Connor”).

<sup>15</sup> Donde Marienhoff funda también el principio de responsabilidad del Estado, cualquiera sea el órgano causante de la lesión jurídica (“Tratado de Derecho Administrativo”, T. IV, págs. 701/702. Ed. Abeledo-Perrot, 1980).

<sup>16</sup> Remitiéndose a los precedentes de ese Jurado de Enjuiciamiento.

<sup>17</sup> CSJN, Fallos, 304:561, 1544, 1816; 305:113, 656, entre otros.

función judicial para preservar sin alteraciones la confianza pública”<sup>18</sup>, surgiendo así la necesidad de dar vigencia al control de poderes<sup>19</sup> “donde ninguna de las áreas del Estado ejercita atribuciones completamente intangibles”.

A título de colofón es dable recordar que no todas las cuestiones en derecho son opinables y, fuera del marco de lo meramente discutible, habrá apartamiento del derecho o pérdida de imparcialidad.

En la especie, la reiteración de los supuestos errores endilgados resultaban al menos indicativos<sup>20</sup> de la dudada aptitud intelectual del acusado para continuar desempeñándose en el cargo. A ello cabría agregar su obstinada persistencia en la transgresión del orden jurídico, habiendo sido objeto incluso de un llamado de atención y sanciones disciplinarias; hechos que igualmente daban base para poner en tela de juicio su aptitud moral<sup>21</sup> para continuar en ejercicio de sus funciones.

Pese a lo señalado y la gravedad de las cuestiones investigadas, el proceso de remoción bajo examen concluyó a raíz de la aceptación de la renuncia<sup>22</sup> del magistrado. Y si bien tal supuesto se encuentra previsto en el art. 34 de la ley n° 7138 y el objeto del juicio de responsabilidad política se agota -en síntesis- con la remoción o no de los jueces, el anunciado final dejó un parco sabor amargo a quienes sin reconocimiento público, día a día ponen el alma y dejan la vida en el ejercicio de la magistratura, sin que el caso pudiese representar para todos ellos un precedente ejemplificador.

O como inocentemente decíamos de niños los que ya tenemos unos cuantos años, simplemente... **“lo salvó la campana”**.

---

<sup>18</sup> En el mismo orden de razonamiento recalco que evidentemente “el juez es la cara visible de la justicia, por lo que no sólo deben tomar decisiones conforme a derecho y cumplir con los demás deberes impuestos, sino que también deben evitar cualquier comportamiento impropio o que tenga apariencia de incorrección, ya que ello repercutiría en la confianza social. La sociedad debe poder ver en el juez una persona en la que poder confiar, por ser digna de toda credibilidad. Todo el sistema judicial de un Estado de Derecho necesita de la confianza de los ciudadanos en que quienes van a tomar decisiones fundamentales, son merecedores de respeto”.

<sup>19</sup> Principio del sistema republicano.

<sup>20</sup> Con independencia del tiempo transcurrido desde la sustanciación de las otras causas desestimadas por el voto mayoritario.

<sup>21</sup> Cfr. Alfonso Santiago (h) “Régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados judiciales” en “La responsabilidad judicial y sus dimensiones”, Tomo 1, pág. 215. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma.

<sup>22</sup> Aceptada mediante Decreto provincial N° 4626/09 (B.O. N° 18221 del 03/11/09).



## La injusticia extrema no es Derecho (“Extremes Unrecht Ist Kein Recht”)

Por María Elisa Gallo

**1.- Filiación no positivista en la Corte Interamericana de Derechos Humanos:** Dentro de unas consideraciones generales, podemos afirmar que la Corte IDH (en adelante la Corte) es un tribunal moral con gran tendencia iusnaturalista e influenciada también por las corrientes neo constitucionalistas. Aunque también cabría la denominación de “Neoconvencionalistas” tomando no ya los mandatos de la norma constitucional, sino convencional (Convención Americana de Derechos Humanos en adelante la C.A.D.H.). Por supuesto, sin entrar a distinguir en los distintos períodos históricos, ni analizar sus particulares conformaciones, a lo largo de estas últimas tres décadas. Su jurisprudencia se halla fuertemente imbuida de principios iusfilosóficos de contenido axiológico, en el sentido conceptual que le asigna Robert Alexy citado por Vigo como *“contenido moral y forma jurídica” en cuanto mandatos de optimización, dado que mandan la mejor conducta posible, según sus posibilidades fácticas y jurídicas*. En este sentido sus fallos crean estándares mínimos, de respeto a la dignidad humana y de vigencia de los derechos del hombre. En este sentido resulta obligatorio citar a Dworkin, quien define a los principios como *“estándares, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad”* (**Nota citada por Vigo en “Teoría Distintiva “Fuerte” entre Normas y Principios” en pág. 101 y 104**) Para asegurar el respeto de los derechos de los ciudadanos, es necesario **argumentar en principios**.

La Corte IDH “ha tomado en serio” según la definición de este autor, su función de garante de los derechos. Su jurisprudencia se basa fundamentalmente en principios, contrariando abiertamente a las normas positivas de los países de América Latina, cuando ellas no aseguran la justicia por medio del derecho. Institutos típicos y positivos propios del EDL tales como la cosa juzgada, la prescriptibilidad de la acción penal, la vigencia de leyes de amnistía, etc... se han visto socavados y modificados por la vigencia de los principios de equidad y justicia. Provocando el debilitamiento de la seguridad jurídica como principio de la ciencia jurídica. En consecuencia, podríamos afirmar, que la Corte argumenta desde la fórmula de Radbruch “la injusticia extrema no es derecho”.

**2.- Sentencias del Estado de Derecho Constitucional:** Para abordar este punto, nos detendremos en la guía o catálogo de principios y estándares típicos del EDC, para luego abordar el análisis de los planos ideales de una sentencia interamericana. La eficacia de los derechos humanos, su humanización, es defendida en cada caso respecto de la violación del derecho cometida por el Estado, particulares o grupos de poder. Sostiene Vigo que el gran esfuerzo de los juristas, se orienta a la equidad, como puede verse en las decisiones finales de la Corte IDH. Tal como enseñaba Aristóteles es el más perfecto modo de justicia. Bajo este sistema de pensamiento jurisprudencial interamericano, la seguridad jurídica posee hoy un lugar adjetivo. Una antropología social e histórica, una sociedad fragmentada, el control jurisdiccional de la ley, la crisis estatal y del sistema jurídico, la globalización, el desbordamiento de las fuentes del derecho, la

democracia sustancial, el resurgimiento de la razón práctica y la pluralidad de saberes, pueden encontrarse claramente vislumbrados en cualquier sentencia interamericana.

**3.- Pronunciamiento en análisis: “Tribunal Constitucional de Perú vs. Perú” A) Plano Regulatorio:** En este plano se debate la “regula” es decir la medida para conocer si una conducta es prohibida, permitida u obligatoria, y equivale al viejo tema de las fuentes del derecho (Vigo). En este caso, se analiza si el Estado de Perú obró conforme a derecho, al cesantear a tres magistrados del Tribunal Constitucional, que votaron en contra de un tercer período presidencial. Los magistrados declararon la inconstitucionalidad de la ley que habilitaba ese mandato presidencial, siendo destituidos por otro poder del Estado, como lo fue el Congreso de Perú. Este es un pronunciamiento trascendental, en donde se elaboran estándares mínimos, respecto a los principios de Independencia e Imparcialidad de los jueces, así como de las garantías que deben gozar esos mismos magistrados para defender su accionar, mediante el estricto respeto al debido proceso legal.

La positivización de los derechos humanos, se ha logrado mediante la incorporación de los principios enunciados al texto convencional. En efecto los arts. 8 (protección judicial), 25 (garantías judiciales) y 1 (obligación de respetar los derechos) se receptan en la sentencia y revisten todas las características del derecho creado: **1.-** El sujeto creador de normas es un organismo supranacional (OEA) **2.-** La C.A.D.H. (Nota: siglas que corresponden a la Convención Americana de Derechos Humanos) se halla publicada **3.-** El derecho es indisponible **4.-** Es explícito **5.-** Es argumental. Posee una validez formal, fue creada mediante el procedimiento adecuado coherente al sistema internacional de protección de derechos humanos, en armonía al sistema jurídico de los países americanos. El pronunciamiento es comprensible, tiene una racionalidad teleológica con el sistema democrático, no contradice una verdad probada, posee gran contenido axiológico y el pronunciamiento es una respuesta racional al problema de la independencia judicial en América Latina. **Los valores de la Filosofía Moral o de la Antropología subyacentes en la sentencia son: Justicia, Libertad, Igualdad esenciales. Desde la Filosofía del Derecho encontramos como principios: Justicia, Imparcialidad, Independencia, Libertad, Igualdad jurídicas. En cuanto a las normas encontramos el principio de división de poderes, la imparcialidad e independencia judicial, el debido proceso legal, obligación de respetar los derechos, etc.**

Alexy y Dworkin señalan que los principios se equiparan a los derechos humanos y como respuestas implícitas pueden clasificarse: **a.- Meta sistemáticos:** la jurisprudencia interamericana se refiere a ellos como el derecho a la vida, igualdad y libertad como derechos universales e inalienables. **b.- Sistémicos:** siempre la Corte se refiere a ellos cuando alude al sistema político democrático. **c.- Sectoriales:** Como hipótesis podríamos afirmar, los principios que la Corte aplica a un determinado sector, como son las comunidades indígenas en América Latina. En el pronunciamiento se protege el bien individual de los tres magistrados destituidos, la dignidad humana, libertad e igualdad de las víctimas. Persigue un concreto interés colectivo mediante el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas, asegurando la vigencia de los principios de independencia e imparcialidad judicial. A su vez, encontramos principios procedimentales en el fallo con la construcción de la tutela judicial

efectiva y principios sustanciales como son la justicia, dignidad y libertad humanas. El fallo luce principios ontológicos: dignidad humana, libertad, igualdad, justicia, imparcialidad, que a su vez funcionan como principios fenomenológicos como el derecho al debido proceso legal. En el decisorio, operan los principios para los tres niveles de bien individual de las víctimas, para el grupo de las personas que ejerzan la magistratura en América y para todos los ciudadanos americanos para contar con un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos. Podemos agregar como una característica sobresaliente de las sentencias interamericanas, que éstas operan anti sistémicamente como lo prueban numerosos casos sometidos a su conocimiento (Casos: Bulacio, Barrios Altos).

**3.- B) Plano Lingüístico:** Según el análisis científico del lenguaje realizado por la Semiótica, éste puede dividirse en aspectos o disciplinas: **a.- sintáctica b.- semántica c.- pragmática.** En el plano **a** de la sentencia la perspectiva narrativa de su prosa es límpida, y comprensible para cualquier ciudadano americano. Se advierte rigurosidad en el uso de los signos de puntuación. El texto cumple con las reglas de adecuación, coherencia y cohesión. Un ejemplo: *“Como ha sido establecido por este Tribunal, la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos” (párrafo 89).* La coma se encuentra correctamente colocada confiriéndole al documento una fácil accesibilidad y apertura democrática. En la semántica (pto. **b**) se observa un cuidado por evitar las palabras unívocas, equívocas y análogas. Se refiere a los hechos y a la construcción de definiciones jurídicas para clarificar del texto (párrafos 90 y 91). La Corte tiene plena conciencia del peso de sus palabras. Dentro de la clasificación del lenguaje en natural, científico no jurídico, jurídico y axiológico, los tipos mencionados pueden encontrarse en cualquier sentencia interamericana. Con una marcada preeminencia del lenguaje científico jurídico y axiológico: *“... el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados Americanos de “consolidar en el Continente y dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre” (párr. 111).*

**3.- C) Plano Axiológico:** Sostiene Ferrater Mora (**Nota Ferrater Mora José Diccionario de Filosofía compilado por Priscilla Cohn I-Z Alianza Editorial, pág. 443 y 444**) que Aristóteles divide a la justicia en justicia distributiva, que es la distribución de honores, de fortuna y de todas las demás cosas que cabe repartir entre todos los que participan de la constitución. La justicia conmutativa regula las relaciones tanto voluntarias como involuntarias de las relaciones de unos con otros. Siguiendo a éste filósofo, Tomás de Aquino divide a la justicia en tres tipos: **a.- Conmutativa:** basada en el cambio o trueque y reguladora de las relaciones entre miembros de una comunidad **b.- Distributiva:** que establece la participación de los miembros de la comunidad en ésta y regula la relación de ella con sus miembros **c.- General o Legal,** que establece las leyes que tienen que obedecerse y regula las relaciones entre los miembros y su comunidad. En el decisorio analizado encontramos la justicia general, dado que se ordena la realización del bien común al consagrar la independencia judicial como condición de la justicia y de democracia en el continente americano. El decisorio consagra la justicia del bien común político.

**3.- D) Plano Lógico:** Descubrimos en él la ciencia y arte del razonamiento correcto e incorrecto. Mientras que en el EDL el silogismo era lo único importante, en el **EDC** si bien éste se encuentra presente, son relevantes otras reglas propias de la lógica, como es la *retórica o arte de persuadir*. Se advierten falacias y sofismas en la contestación del Estado en el trámite ante la Comisión IDH. Perú con un razonamiento lógico incorrecto (falacias) pretendió justificar su actuación y la reelección indefinida de un gobernante. En la sentencia hallamos un razonamiento lógico impecable con gran fuerza persuasiva. La Corte va encadenando sus afirmaciones respaldada por sólidos argumentos y éstos son: **1.- Autoritativo. 2.- Principialista. 3.- Axiológico. 4.- Consecuencialista. 5.- Lingüístico. 6.- Jurisprudencial. 7.- Sistemático. 8.- Teleológico. 9.- Comparativo. 10.- Empírico. 11.- Conceptual. 12.- Pragmático.** Desarrollo: **1.-** El argumento autoritativo se reitera en todo el discurso jurídico de la Corte, cuando cita los arts. 8, 25 y 1 de la C.A.D.H: “... *cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas al debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención*” (párr.71). **2.-** La justificación principialista integra la matriz argumentativa en todas las sentencias de la Corte y en este caso: “... *las cuestiones políticas no justiciables...la potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizá el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad...*” (párr. 95) **3.-** Podemos afirmar que el argumento axiológico es uno de los más utilizados por la Corte, cuando hace expresa referencia al sistema democrático, libertad personal, igualdad, justicia social, y dignidad humana. **4.-** Transversalmente se encuentra en varios momentos de la sentencia, el argumento consecuencialista, fundido con otros argumentos. La Corte hace un juicio de ponderación y sopesa la fuerza de los principios de imparcialidad e independencia con respeto al futuro del sistema democrático en América. **5.-** La Corte quiere despejar toda duda acerca del exacto alcance de las palabras del texto convencional y recurre al argumento lingüístico: “*Para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo citado no basta que los recursos existan formalmente, sino que deben tener efectividad, es decir brindarle a las personas la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido en los términos del art. 25...*” (párr.. 90) **6.-** Con frecuencia se utiliza en el sistema interamericano el argumento jurisprudencial, mediante la cita del auto precedente en el párr. 81: “*Este Tribunal ha señalado recientemente...*” (cita su caso: “*Durand y Ugarte. Serie C. Nº 68 párr. 129*) y la cita del precedente horizontal en el párr. 75: “*Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone un adecuado proceso de nombramiento, y duración establecida en el cargo...* (Cfr. *Eur. Court H.R., Lanborger case*). **8 y 11.-** Los argumentos teleológico y conceptual son utilizados en el discurso respecto del objeto y fin de la protección delimitando su precisión conceptual. **9.-** La sentencia se refiere a los principios básicos de Naciones Unidas (párr. 73), siendo principialista y comparativa esta argumentación. **10.-** Utiliza el argumento fáctico cuando se refiere a la actuación del Congreso, al destituir a los magistrados, y demás hechos probados del proceso mediante la prueba documental y testimonial. **12.-** En este sentido, el argumento pragmático está presente en la intelección que da cuenta de la operatividad de los arts. 8 y 25 de la C.A.D.H. **Razonamiento Jurídico Judicial General:** La sentencia en tanto razonamiento práctico es paradigmática y reviste el valor de precedente para casos análogos que en el futuro se susciten en América Latina.

**Premisa Mayor o Enunciado normativo:** Los arts. 8 y 25 de la C.A.D.H. protegen los principios de independencia e imparcialidad judicial y éste rige para los ciudadanos y los magistrados.

**Premisa Menor o Enunciado fáctico:** El Estado de Perú, no respetó la protección ni las garantías judiciales de los tres magistrados destituidos por el Congreso.

**Conclusión o Enunciado normativo individual:** El Estado de Perú debe indemnizar a las víctimas y restituirles en sus cargos.

**3.- E) Plano Fáctico:** Señala Vigo que el EDL en aras de la seguridad jurídica, el jurista debía subsumir el caso completo al genérico contemplado en una norma general; en consecuencia la juridicidad fáctica la establecía el legislador. En el EDC los hechos serán analizados desde su inescindibilidad jurídica; y el estudio de esos “hechos jurídicos jurisprudenciales” se postulará como un enriquecimiento de las normas. Por ello, la interesante postura de la hermenéutica alemana postulará como un “círculo hermenéutico” al recorrido que deberán realizar los juristas, desde el “texto” de las normas a los “casos” que deberán ser regulados por ella. En esta visión, el estudio jurisprudencial, será fundamental para el conocimiento de los hechos con relevancia jurídica. Este nuevo paradigma postulará la “verdad” como condición necesaria para la decisión apropiada, legítima y justa (Tartuffo), la distinción entre casos fáciles y difíciles, el conocimiento de los hechos desbordará al jurista, la superación de la separación entre la *quaestio facti* y *quaestio iuris*, y el servicio de justicia como un derecho humano. Los hechos serán “valorados” y el juez se considerará el director del proceso, la prueba científica y pericial tendrán una nueva relevancia, se conceptualizará la argumentación probatoria, la relatividad de la cosa juzgada, la amplitud probatoria, la dimensión ética en el proceso y en las partes.

La sentencia analizada es propia y típica del EDC, dado que encontramos una gran fuerza argumental en el tratamiento de los hechos. Una gran parte del discurso jurídico se refiere a los hechos probados como condición de la verdad y de la resolución del caso. Por ejemplo: *“La Corte procede ahora a considerar y a exponer cronológicamente los hechos relevantes que estima probados, y que resultan del análisis... de la prueba documental, testimonial y pericial aportada.”* (Párr. 56).

Hallamos una justificación interna mediante cadenas silogísticas (Aamio) de carácter práctico con una estrecha vinculación entre los hechos y el derecho. Y una justificación externa para el destinatario, mediante la elección de premisas de hecho y de derecho de cuya conexión se derivará la decisión final. Lo que busca concretamente la Corte, en mi opinión, es eliminar o minimizar ese status epistémico de incertidumbre propia de los enunciados fácticos. Se advierte un tratamiento exhaustivo respecto de los enunciados fácticos fijados como verdaderos (Vigo), a través del análisis de prueba por prueba (bajo el epígrafe de “Hechos Probados” párr. 56 a 57, pág. 20 a 30).

**Opinión crítica y riesgos del sistema interamericano:** Se ha delineado hasta aquí la moderna tarea del jurista que apoya su decisión en sólidos argumentos discursivos. La Corte, a modo de Hércules, realiza un esfuerzo por dotar a la sentencia con la fuerza de un precedente. Este pronunciamiento es faro de luz para resolver los casos difíciles, que engloben la independencia e imparcialidad de los jueces en toda América Latina. Teniendo en cuenta, la debilidad institucional, que azota al continente. La sentencia es principialista y su

discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Sin embargo, considero acertada la crítica de Vigo respecto a los riesgos del Neoconstitucionalismo, en tanto éste puede provocar la sobreinterpretación de la C.A.D.H., el debilitamiento de la ley, del Estado y de la democracia, la prescindencia de la ciencia jurídica, la jurisprudencia como única fuente del derecho, la absorción por el derecho de toda la ética social, el hiperrealismo jurídico, etc.

Es necesario ser cautelosos y no caer en un nuevo iuspositivismo dogmático, esta vez de carácter convencional, que afirme explícita o implícitamente que todo lo dispuesto en la Convención sea lo único bueno o justo; mediante el mecanismo de positivización de los derechos humanos. Dado que retrocederíamos en el tiempo, para volver a interpretar con la matriz ideológica decimonónica.

### **Bibliografía:**

DEL CARRIL, Enrique H. Capítulo VI, *“La interpretación judicial como problema lingüístico”* en “Tratado de Derecho Judicial” págs. 187/201.

SODERO, Eduardo R. Capítulo III, *“Autoridad del derecho y argumentación judicial”* en “Tratado de Derecho Judicial” pág. 71/109.

VIGO, Rodolfo: Capítulo II, *“De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución”* en “Tratado de Derecho Judicial” pág. 31/71.

VIGO Rodolfo: *“Paradigmas de la Interpretación jurídico-judicial”*, de Interpretación Constitucional, pág.203-233.

VIGO, Rodolfo: Interpretación Jurídica, Rubinzal Culzoni Editores, pp. 111-143.

VIGO, Rodolfo L. Capítulo IV, *“Argumentación Constitucional”* en “Tratado de Derecho Judicial”, pág. 111/152.

VIGO, Rodolfo: Capítulo V, *“Razonamiento justificatorio judicial”* en “Tratado de Derecho Judicial”, pág. 153/185.

VIGO, Rodolfo: Capítulo VII, *“Los Hechos en el paradigma Legalista y en el Paradigma Constitucionalista”*, en “Tratado de Derecho Judicial”, pág. 203 a 221.

VIGO, Rodolfo: Capítulo XIX, *“Neoconstitucionalismo: Riesgo y Prevenciones”*, en “Tratado de Derecho Judicial” pág. 609 a 653.

VIGO, Rodolfo: “Teoría Distintiva “Fuerte” entre Normas y Principios” publicado en Massini Correa Carlos I. (coord.) “El iusnaturalismo actual”, Abeledo Perrot, Bs. As. 1996 pág.97 a 118.

VIGO, Rodolfo: “Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas”, Editorial Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2006.

VIGO, Rodolfo “Como argumentar jurídicamente”, Editorial Abeledo Perrot, 2012.

### I. Introducción:

Mediante el presente pretendo demostrar que lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia del 01/06/2012, *in re* “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/Medidas precautorias”<sup>1</sup>, se ajusta al paradigma neoconstitucionalista.

### II. Neoconstitucionalismo:

El Dr. Vigo, luego de señalar el tránsito del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional en los países de Europa, caracterizado por la superación de la sinonimia entre ley y derecho, la inclusión en las Constituciones de Posguerra de valores, principios, fines o derechos humanos y la asignación de funciones de resguardo de este *higher law* a tribunales constitucionales para que prevalezca respecto del resto de las normas infraconstitucionales, así como de reseñar las principales tesis de autores que son adscriptos a la corriente neoconstitucionalista (Alexy; Ferrajoli; Dworkin; Zagrebelsky y Nino), detalla algunos rasgos centrales de la misma que terminan impactando en diferentes problemas: **a)** el derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores; **b)** en la epistemología jurídica, en tanto ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador, sino que se reclama prescripción y valoración; **c)** la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva como en Kelsen, o de fácil desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para requerir de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen; **d)** el derecho en mayor o menor medida se judicializa, superando la distinción entre creación y aplicación; **e)** la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales, que potencian el papel del Poder Judicial; **f)** se reconoce una juridicidad indisponible o limitadora del derecho que ponen las autoridades; y **g)** la distinción tajante entre derecho y moral se fractura, y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica<sup>2</sup>.

Por su parte, Paolo Comanducci analiza el “neoconstitucionalismo” distinguiendo tres acepciones de la expresión: **a) como teoría**, aspira a describir los logros de la “constitucionalización”, pudiendo adoptar un modelo descriptivo de la Constitución como norma o, un modelo axiológico de la Constitución como norma. En este sentido, representa una alternativa a la teoría iuspositivista tradicional y en esto se diferencia del “constitucionalismo”; **b) como ideología**, pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, mientras que coloca en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, destacando la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los

<sup>1</sup> Publicado en LL 08/06/2012.

<sup>2</sup> Rodolfo Luis Vigo: “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, en AAVV: La ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, año 2009, pág. 348/349.

derechos fundamentales previstos en la Constitución; se muestra proclive a entender que puede subsistir una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a ella y, pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación y aplicación constitucional respecto de la ley, derivadas de la diversidad de objeto y, **c) como metodología**, sostiene la tesis de la conexión necesaria identificativa y/o justificativa entre derecho y moral, al menos allí donde los principios y derechos fundamentales constituyen un puente entre dichos ámbitos<sup>3</sup>.

### **III. El caso:**

El Sr. Pablo Albarracini ingresó a una clínica para ser atendido por una herida de arma de fuego, en estado de inconsciencia. Años antes del suceso firmó una declaración en la que manifestó su pertenencia al culto “Testigos de Jehová” y que por tal motivo no aceptaba transfusiones de sangre. Su padre solicitó que a pesar de ello se le realice tal práctica, sosteniendo que no existía certidumbre respecto del mantenimiento en el tiempo de tal decisión del paciente, a raíz que en distintas oportunidades abandonó tal culto.

### **IV. Análisis de la sentencia a la luz del paradigma neoconstitucionalista:**

Preliminarmente la Corte despejó tales dudas, sosteniendo la validez formal y vigencia de tal expresión de voluntad. Luego, a pesar de la existencia de normas infraconstitucionales que “prima facie” resultaban aplicables al caso<sup>4</sup> y, que según una concepción iuspositivista hubieran resultado suficientes para resolver el caso, en primer lugar procedió a analizar si dicha decisión -que ponía en riesgo cierto la vida del paciente-, se encontraba protegida por el derecho a la intimidad declarado por el art. 19 de la Constitución Nacional, desarrollando los principios que emanan de dicha norma (Considerandos 12 a 15). A seguido, consideró aplicables dichos principios al caso, en el que se encuentran comprometidos las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, afirmando que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes (Considerando 16).

Luego de ello, mencionan las previsiones legales en cuestión, considerando que las mismas receptan tal idea, es decir, como un argumento corroborante de los principios que previamente desarrollaron.

Esta manera de argumentar, analizando el caso esencialmente a la luz de principios constitucionales -que considera “receptados” por el legislador-, implica una concepción no positivista del derecho, es decir, que éste no está compuesto sólo por las normas dictadas por el legislador, sino también por los principios y

---

<sup>3</sup> Paolo Comanducci: “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, ISONOMÍA, n° 16/, abril 2002, 89/112

<sup>4</sup> Me refiero a los artículos 2 inc. “e” y 11 de la ley 26529, que respectivamente otorgan al paciente el derecho de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos y reconocen a toda persona capaz mayor de edad, la posibilidad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud, directivas que deben ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen prácticas eutanásicas. Asimismo al art. 19 de la ley 17132 que dispone que los profesionales que ejerzan la medicina deberán respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse.

valores constitucionales, que en consecuencia tienen fuerza normativa. Allí se pueden apreciar los rasgos del neoconstitucionalismo delineados por el Dr. Vigo bajo las letras “a” y “b”.

Lo mismo puede señalarse con respecto a las limitaciones que el derecho del paciente en cuestión podría encontrar fundadas en algún interés público relevante, toda vez que las mismas –ofensa al orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, conf. considerando 19-, no surgen del texto legal, sino directamente de la interpretación que en ese aspecto hace la Corte del art. 19 de la Constitución Nacional. Esto implica asimismo una limitación a las disposiciones del legislador, ya que resulta claro que –aunque no se lo haya dicho expresamente-, no pudo establecer o reconocer los derechos del paciente que importan los arts. 19 de la ley 17132 y 2, inc. “e” y 11 de la ley 26529 de manera incondicionada: los límites surgen de la Constitución y no pudieron ser obviados en la sentencia bajo análisis. De esta manera resultaba insuficiente la salvedad determinada respecto de las prácticas eutanásicas. Este aspecto, está señalado como uno de las características del neoconstitucionalismo por Vigo (letra “f”).

Por otra parte, se vislumbra implícita la asunción por parte del Tribunal del deber de concretizar o garantizar los derechos constitucionales, aspecto central en la acepción de neoconstitucionalismo como ideología señalada por Comanducci. Esta conclusión, además, se puede apoyar en el penúltimo párrafo del considerando 19, en cuanto allí se sostiene que una conclusión contraria a la que se arriba significaría convertir el art. 19 de la Carta Magna en una fórmula vacía que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.

Desde otro punto de vista, cabe decir que la decisión escrutada implicó la solución de un dilema ético y, por tanto, también las argumentaciones del Címero Tribunal implican una toma de posición en este ámbito.

En efecto, se encontraban en juego dos valores constitucionales preeminentes: por un lado, la vida e integridad física del paciente; en confrontación con el mismo, su autonomía personal, su libertad. La pregunta que se responde en el decisorio es: ¿cuál de estos valores debe proteger en el caso el Estado?

Toma posición por el segundo, sosteniendo que el fundamento del art. 19 de la Constitución Nacional es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan.

Ello implica que la Corte Suprema asume la conexión entre derecho y moral, rasgo distintivo del neoconstitucionalismo según lo delineado por Vigo (letra “g”) y Comanducci (neoconstitucionalismo metodológico). Igualmente, se deduce la postura de que los valores morales resultan cognoscibles y racionalmente escogibles y justificables, así como que resultan determinantes para la solución de casos concretos.

Por último, no puede dejar de notarse lo intrincado de la argumentación o fundamentación de la solución brindada en la sentencia, lo que avienta el paradigma iuspositivista de la aplicación irracional o volitiva del derecho (letra “c” de la reseña de Vigo), para abrirse paso a la actividad creativa de la decisión judicial.

## **V. Conclusión:**

Como corolario de lo expuesto, se concluye que la resolución del alto Tribunal Federal es afín a la corriente neoconstitucionalista.

Cabe decir que ello es típico de la manera en que resuelven los Tribunales Constitucionales los asuntos de su competencia y, que ello es producto del proceso de constitucionalización del derecho, que básicamente se produce a raíz de la concepción de la Constitución como norma jurídica superior; de contenido valorativo o de principios; como norma jurídica eficaz y, por lo tanto, con presencia de mecanismos de control de constitucionalidad<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Argumento conf. lo expresado por Vigo en la obra citada, pág. 349/352.

**La justificación interna y externa en la  
Argumentación Jurídica. Aplicación al fallo Ponzetti de Balbín, Indalia vs.  
Editorial Atlántida S.A., del 11 de diciembre de 1984 (fallos, 306-1892)**

**Por María Magdalena Ovejero Paz**

El razonamiento jurídico puede ser analizado y controlado desde dos perspectivas: a) desde su estructura, examinando los elementos que lo componen y la relación entre los mismos, para cuyo efecto nos servimos de las reglas y los principios lógicos; y b) desde su fuerza o solidez, analizando si las premisas del razonamiento son “buenas razones” para apoyar la conclusión; esto con el auxilio de determinados criterios que integran la racionalidad misma –universalidad, coherencia y consistencia- que expone Atienza<sup>1</sup>. Y de criterios específicos en función del tipo de problemas que nos presente el caso. Estas dos perspectivas se asocian a la distinción que la Teoría de la Argumentación Jurídica se realiza entre la justificación de la conclusión y la justificación de las premisas de la inferencia. Hablo de la “justificación interna” y la “justificación externa”.

En este orden de ideas, en el presente informe, delimitaré dichos aspectos y los aplicaré en el pronunciamiento en examen sobre la reparación de los daños y perjuicios a la Sra. Ponzetti de Balbín y sus familiares -ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del Doctor Ricardo Balbín, a raíz de la publicación en la tapa de una fotografía suya cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva en una clínica, se analizará como el magistrado motiva la justificación externa en base a la justificación interna.

### **I La teoría de la argumentación jurídica**

Como he señalado, el propósito de la teoría de la argumentación jurídica es establecer un marco para la justificación racional de enunciados normativos dentro del marco del derecho vigente. Dentro de ese marco se dan dos tipos de justificación: la interna y la externa. En la *justificación interna* se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas, que luego se aducen como fundamentación siendo el objeto de la *justificación externa* la justificación de las premisas.

#### ***Justificación interna y justificación externa***

La *justificación interna* se refiere fundamentalmente a la validez de la inferencia que culmina en la conclusión a partir de las premisas dadas. Se trata de una cuestión lógica deductiva: de una premisa mayor hacia una premisa menor hay una conclusión, con prescindencia del contenido de las variables, la inferencia es formal, válida y necesaria, pues lo que garantiza la validez del razonamiento es su forma. Es decir que debe cumplir ciertas reglas y ajustarse a determinadas formas de justificación. Las premisas del razonamiento jurídico pueden ser de tres tipos: 1) reglas de derecho positivo, 2) enunciados empíricos y 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo.

---

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2da. reimpresión 1997: pág. 141-149.

Esos distintos tipos de premisas, se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla en tanto regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de las premisas empíricas puede recurrirse a la escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo, sirve lo que puede designarse como “argumentación jurídica”. Alexy clasifica a las formas de argumentos y a las reglas de justificación externa en seis grupos: reglas y formas 1) de interpretación, 2) de la argumentación dogmática, 3) del uso de los precedentes, 4) de la argumentación práctica general, 5) de la argumentación empírica, así como 6) las llamadas formas especiales de argumentos.

El derecho como argumentación (Atienza) supone un cierto cognitivismo y objetivismo, e implica la responsabilidad de los juristas por encontrar las mejores respuestas en un diálogo racional, para procurar ser justos por medio del derecho. La argumentación no niega a la lógica formal, pero requiere también de retórica en tanto ella es *ciencia y arte de la persuasión*, y se le presta –enseña Aristóteles– un importante auxilio a la verdad y a la justicia cuando las tornamos persuasivas. En las “cosas humanas” donde no es posible alcanzar siempre certeza en los juicios, cabe y resulta necesario en los casos concretos el recurso al juicio de los prudentes.

## **II Práctica puesta en el Fallo**

La Corte en el caso de marras, si bien entiende que los hechos enunciados se subsumen en diferentes derechos invocados: derecho a la privacidad o intimidad (art. 19 CN) como al derecho a la libertad de prensa (art. 14 CN), y a fin de establecer si cabe o no la petición de Ponzetti de Balbín, la cual solicita la indemnización por daños y perjuicios (art. 1071 bis Cod. Civ.) por los hechos probados a fin de concluir en su sentencia.

Es decir que partiendo de la demanda, el silogismo lógico formal consiste en una:

- premisa mayor: quien causa un daño a otro debe indemnizarlo,
- premisa menor: la Revista Gente causó un daño a la familia Ponzetti Balbín
- consecuencia: La Revista Gente debe indemnizar a la Ponzetti de Balbín;

pero para decidir aquello, el Tribunal debe justificar de manera certera la elección de uno de aquellos derechos con igual jerarquía constitucional y razona que corresponde establecer el ámbito que es propio de cada uno de estos derechos (consid. 5 voto mayoría).

El fallo resuelve proponiendo una solución al conflicto y brinda los argumentos que la respaldan y los contraargumentos que neutralizan las alternativas de solución, porque como lo expresa el considerando 4) de Petracchi “*las dos proposiciones relatadas son, a juicio de este tribunal, correctas, pero no obvias, por lo cual requieren tanto de una adecuada fundamentación como de precisiones y matices*”. Lo decisivo es que el objeto de interpretación y la argumentación coinciden en tanto intentan guiar la tarea del jurista en general y como dice la teoría hermenéutica de Kaufmann, aplicar el derecho es descubrirlo.

Y a partir de allí justifica, brindando razones o argumentos que ya están contenidos en las normas y principios que forman parte del derecho vigente, en

armonización con el derecho Constitucional y Convencional (voto Caballero y Belluscio). Es decir que, juzga racionalmente en la operatividad del derecho vigente y especialmente remarca -Petracchi- la importancia de esos antecedentes nacionales con el derecho comparado, histórico nacional y crítico de algunas premisas que en más deberán ser examinadas como la razonabilidad (no arbitrariedad) de la reglamentación a posteriori de las libertades de expresión y de información<sup>2</sup>.

Autores como Zavaleta Rodríguez<sup>3</sup> señalan: *"una vez que el juez ha llegado al convencimiento respecto de una tesis determinada, le toca persuadir a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general, de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido."* De allí que el juez debe desarrollar argumentos sobre la elección de la norma aplicable, lo que justifica su afirmación. Es la discrecionalidad en su máxima expresión, es la Argumentación Jurídica que hace que la sentencia no sea arbitraria.

Entonces, el Tribunal brinda una justificación que tiene que ver con conexiones lógicas entre las premisas o enunciados incluidos en el discurso judicial, y lo hace con argumentos formales y sustanciales, normativos (consid. 6 voto mayoritario) y de principios (consid. 5 y 7 de Caballero y Belluscio), genéticos (consid. 5 de Caballero y Belluscio), históricos (consid. 7 voto mayoritario), jurisprudenciales nacionales e internacionales sistémicos (consid. 4 de Caballero y Belluscio), sociológicos (consid. 7 voto mayoritario), axiológicos, etc. También los considerandos 12 al 18 del voto de Petracchi), elaborando una respuesta general con la que puede resolver el caso concreto y que servirá para casos análogos.

La sentencia tiene una teoría argumentativa donde se identifican como racional, práctica y sobretodo ponderativa cuando utiliza el sistema de pesos en ambos derechos entre el respeto y la justicia, tiene una visión humanista, valorativa y teleológica, ya que apela a valores o exigencias morales en busca de igualdad, libertad, sociedad mínimamente justa o en bienes jurídicos relevantes y se acceda así de la mejor manera, en el caso cuando expresa en el considerando 8: *"en relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen"*.

Para luego argumentar en su considerando 9, que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la

---

<sup>2</sup> MORELLO, Augusto Mario *"La Corte y el nuevo derecho de la Privacidad"*, JA-1985-I-534.

<sup>3</sup> ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger E. Defectos en la estructura o justificación interna de una resolución judicial (arbitral o administrativa), 4 de junio de 2009.

actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no han fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones.

Y finalmente el voto del Dr. Petracchi, luego de considerar que la libertad amparada constitucionalmente como de “prensa” se extiende a la expresión por otros medios diferentes a la imprenta, ampliando así el alcance de esta garantía a los medios de comunicación electrónicos y a la cinematografía, observa que este derecho no es absoluto, salvo en punto a la prohibición de la censura previa, sobre la que sí existe una garantía absoluta. El carácter relativo del derecho a la libertad de prensa, sobre el que coinciden los cinco integrantes de la Corte permite reafirmar las responsabilidades ulteriores, provenientes de normas penales o civiles, que se puedan atribuir ante un ejercicio abusivo de este derecho. Así se decidió al sostener que “la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista “Gente y la actualidad” excede el límite legítimo y regular del derecho a la información”. Ha quedado así configurado un abuso del derecho de informar, dadas las circunstancias en que fueron tomadas las fotografías mencionadas, constituyendo una flagrante violación al derecho a la intimidad.

También se puede agregar que la sentencia es activa, progresista y sociológica ya que se trata de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y la resolución se hace con una finalidad protectora y que sirva para responder a circunstancias sociales.

### **III Conclusión**

Este informe intenta mostrar que la sentencia justa y bien fundamentada, es la culminación necesaria del debido proceso; pues significa la concreción de todos los principios sustantivos y de todas las garantías procesales, en una resolución final plenamente motivada, que aspira resolver con justicia el problema o conflicto jurídico o a que se refiere; y ser aceptada, o al menos entendida, por las partes y por la comunidad social en general.

De allí que la sentencia judicial como acto público colectivo, debe ser no solo sino también externamente controlado. El poder del Juez se encuentra en la aceptabilidad de sus decisiones y en la relevancia de la diferencia entre la justificación interna y externa. Aarnio dice que la decisión de un “*caso difícil*” se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica puede aceptar esa solución y esa justificación.

## La sentencia, ¿obra de arte o producto en serie?

### I.- Introducción

Los nuevos tiempos imponen renovados desafíos al Juez del siglo XXI. El ritmo vertiginoso de la vida actual, la globalización, el comercio, los nuevos conceptos ciertamente influyen en la tarea judicial diaria. En otros tiempos, el centro de la discusión era si el centro del ordenamiento era la ley, si era posible buscar respuestas más allá de la norma, las fuentes, etc. Hoy se habla de planificación estratégica, de optimización de recursos, “benchmarking”, etc., en un lenguaje que más que jurídico nos hace pensar en empresa. Todo esto nos lleva necesariamente a plantearnos la siguiente inquietud:

¿Las sentencias se están convirtiendo en “productos” y yendo más allá, “fabricados en serie”?

Trataremos de encontrar una respuesta a estos interrogantes.

### II.- Análisis desde los paradigmas de la interpretación

a) Desde el paradigma dogmático, el Juez, reducido a ser “la boca del legislador”, sólo debía deducir desde el texto de la ley al caso concreto la solución pensada por el legislador. Ello, sin posibilidad alguna de reflexionar, criticar y mucho menos disentir.

En *Sistema de Derecho Romano actual*, Savigny consagra la repetida definición de la interpretación como “reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”.<sup>1</sup>

En la búsqueda de objetividad y previsibilidad se han cimentado conceptos como “justicia hecha a máquina” y “juscibernética” (según Fronsini), términos estos relacionados con el manejo de la lógica jurídica tendiente a un derecho artificial, previsible y hasta deshumanizado.

b) El paradigma irracionalista, por el contrario, subraya el carácter problemático y casuístico del mundo jurídico destacando la importancia del Juez como fuente de derecho.

Desde esta línea de pensamiento sólo es posible pensar en la sentencia como “obra” del juez y no sería factible poder considerar siquiera la posibilidad de sentencias previsibles al extremo de pensar en ellas como producidas en serie.

c) Para el paradigma político o negativista, que absolutiza la relación entre la función judicial con el poder político, la sentencia sólo puede ser falsificadora, ocultadora o explotadora de la realidad o ubicarse en la posición contraria como herramienta de denuncia o de transformación total.

d) Conforme el paradigma herculeano (Dworkin), las sentencias del juez filósofo semi-dios serán la “respuesta correcta” a partir de una coherencia total del sistema jurídico que excluye la discrecionalidad. Se trata más bien de “descubrir” la solución al caso, no de crearla, destacando el papel de los principios en tanto

---

<sup>1</sup> SAVIGNY, F.C., *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. J. Mes J.J. Poley, Madrid, T. pág. 69, citado por VIGO, Rodolfo L. en “Interpretación constitucional” – 2da. Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As. 2004, pág. 206.

exigencias de la justicia. Estaríamos más cerca de la “obra” pero con la seguridad que brinda la previsibilidad en las respuestas.

e) Desde el paradigma funcionalista o pragmático el derecho es un instrumento para aportar al funcionamiento estable y pacífico de la sociedad. Según esta postura, el Juez no está para encontrar la verdad, los valores universales, la sistematicidad y coherencia del derecho, sino para servir con eficacia a la sociedad equilibrando las exigencias de estabilidad con las de progreso, y procurar la satisfacción del mayor número de intereses sacrificando el número menor.<sup>2</sup>

f) El paradigma procedimentalista pone el acento en controlar y regular el procedimiento a recorrer por el razonamiento. Entonces, tenemos que el resultado queda legitimado y aprobado en tanto y en cuanto se haya seguido el iter indicado. Más que el contenido, lo que interesa es el medio a través del cual se arribó a ese resultado en particular. Pensando en “la nueva retórica” de Perelman, las “veintiocho reglas que ordenan la razón práctica” de Alexy o en la “aceptabilidad racional” o la “ideología de la seguridad jurídica” de Aarnio, estaríamos más cerca de la seguridad que brinda la previsibilidad de las respuestas y de la utilidad de un camino establecido para llegar a ellas.

g) Pensando en el paradigma dialéctico de Michel Villey inevitablemente se identifica con las propuestas del iusnaturalismo (Aristóteles, Santo Tomás de Aquino). Otro rasgo a destacar es que la interpretación jurídica es un saber teórico y no práctico. Y a través de su método, la dialéctica (punto medio entre la ciencia y la retórica<sup>3</sup>), se busca la verdad o lo justo.

h) Para el paradigma hermenéutico la interpretación o comprensión jurídica es un proceso de encuentro entre el ser (el caso real) y el deber ser (la norma). Aquí, el Juez cumple un papel activo en la construcción de un caso real jurídico.

i) El paradigma analítico (Hart) define al derecho como un sistema de reglas (system of rules) y concede al Juez un poder legislativo intersticial y sujeto a muchas restricciones. Esto significa que el Juez puede ejercer su poder de creación de derecho en caso de no encontrar la respuesta acertada en el ordenamiento jurídico, pero siempre por razones generales que justifiquen su decisión y actuar, como lo haría un legislador.

j) Según el paradigma prudencial retórico el esfuerzo interpretativo compete a la razón práctica en tanto su finalidad es dirigir a la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia. Es un saber circunstanciado, aquí y ahora, que dice lo justo de este caso, derivando la solución desde el derecho (esto es, ordenamiento jurídico, más principios jurídicos y valores).

Desde el análisis propuesto, entendemos que este razonamiento está más cerca de la sentencia como “obra” en cuanto tiene un carácter de única, para este caso, para aquí y ahora.

### **III.- Propuesta de construcción desde los planos**

Tal vez la clave radique en pensar en la construcción de la sentencia como una ecuación. El resultado buscado sería obviamente el fallo justo y las variables a considerar serían los planos.

---

<sup>2</sup> VIGO, Rodolfo L. en “Interpretación constitucional” – 2da. Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot , Bs. As. 2004, pág. 215.

<sup>3</sup> VILLEY, Michel, Compendio de Filosofía del Derecho, EUNSA, Pamplona, 1979, t. II, pág. 170, citado por VIGO, Rodolfo L. en “Interpretación constitucional” – 2da. Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot , Bs. As. 2004, pág. 221 y s.s.

Algo así como que la sentencia es igual a la consideración de los hechos (Plano fáctico) más las consideraciones que el Juez realiza respecto de las circunstancias de cómo sucedieron los hechos (esto es, la reproducción de la verdad histórica a la luz de lo que pensaron y sintieron los protagonistas). Luego de ello, la consideración y valoración que realiza el Juez (Plano axiológico), la aplicación del derecho al caso concreto (Plano regulatorio) a través de operaciones lógicas como el silogismo deductivo (Plano Lógico) expresado de una manera comprensible, clara y accesible tanto a juristas como a justiciables (Plano Lingüístico).

Entonces, dentro de esta línea de pensamiento, podríamos formular la siguiente ecuación:

$$\mathbf{S = H + P + CJ + D}$$

**S = Sentencia**

**H = Hechos alegados por las partes. (Plano fáctico).**

**P = Pruebas (respecto de los hechos controvertidos traídos a debate).**

**CJ = Consideraciones del Juez (Plano Axialógico, Plano Lógico y Plano Lingüístico).**

**D = Plano regulatorio. Aplicación del Derecho. Respuesta jurídica al caso concreto.**

Es importante destacar que “El Juez debe motivar sus sentencias tanto en materia de hechos como de Derecho”<sup>4</sup>. La motivación o justificación nos libera del peligro y de la tentación de decidir arbitrariamente (aunque estemos convencidos que lo hacemos con total justicia). Como dice María Rosa Dabadie en su ponencia “la argumentación es un deber de los jueces”.

Desde el Plano Fáctico buscamos la Verdad, entonces corresponde tener en cuenta los Hechos alegados por las partes, la Prueba rendida respecto de ellos y el Nexo Causal. De la claridad de la descripción y su posterior análisis podremos derivar la aceptabilidad de su decisión. Es directamente proporcional, esto es, mientras más sencillo y accesible sea su relato y consideración de los hechos y aplicación del derecho, mayor será la aceptación y hasta podríamos decir el consenso que se logrará a través de la decisión judicial. Y ello en razón de que, aunque la Verdad es una sola, las partes proponen su punto de vista de la “Verdad”, el que debe ser considerado atentamente. Recordemos que esta “Verdad parcial” por llamarla de alguna manera, es siempre contextual, no puede considerarse aisladamente.

Desde el Plano Lógico, debemos desplegar los “argumenta” en cuanto “idea verosímil que se usa para convencer”, obviamente intentando convencer al auditorio. En efecto, recordemos que toda argumentación, en cuanto se vale de conceptos, juicios y razonamientos, no puede ser ajena a las reglas de la Lógica.

Tenemos entonces que para que nuestra motivación sea aceptable tiene que ser coherente, no contradictoria, completa y convincente.

Tampoco podemos olvidar a la Retórica, gran auxilio para una eficaz comunicación de nuestros argumentos. Los más usados, “a contrario”, “por analogía”, “a fortiori”, etc.

Desde el Plano Axialógico, buscamos desplegar los valores del Juez, sus convicciones más íntimas, su idea de justicia. Los valores de su tiempo, de su circunstancia, de la sociedad. Pensemos en modernos escenarios como

---

<sup>4</sup> Código Iberoamericano de Ética Judicial , Capítulo 3, Artículo 18

fecundación asistida, congelamiento de embriones, familias monoparentales, familias ensambladas, etc., impensadas en otro tiempo histórico.

Desde el Plano Lingüístico intentamos que el Lenguaje, en tanto instrumento que canaliza el razonamiento y el mensaje, debe ser claro, preciso, accesible a todos los interesados (entendiéndose por ellos a los abogados, a los justiciables y a la sociedad toda que tiene o puede llegar a tener interés en esta sentencia en tanto acto del Poder Público que dirime contiendas entre particulares).

Desde el Plano Regulatorio buscamos el Derecho, el material regulatorio y desde ese punto de partida intentamos identificar la respuesta jurídica, la “regula”, es decir la medida para justificar esa conducta obligatoria, prohibida o permitida por el Derecho vigente.

Es menester aclarar que cuando hablamos de Derecho, vamos más allá de las normas, también nos referimos a los principios generales del derecho. Apostamos así a la completitud del ordenamiento jurídico, que no puede evadir la respuesta jurídica so pretexto de una laguna o vacío de la ley.

#### **IV.- Conclusión:**

La idea de “Juez funcionario” o el “Juez burócrata” (en palabras del Profesor Andruet) que se gana la vida “produciendo” sentencias en serie, de cliché, está, sin duda alguna, muy lejos de lo que esperamos de quien imparte justicia en nuestra sociedad actual.

Tampoco nos parece realista ni práctico pensar en el Juez como un artista y sus sentencias como preciadas obras de arte. Todos los extremos son perniciosos.

La cuestión radica en resolver cada caso considerándolo con la importancia que merece. Sin desconocer la importancia de mantener la coherencia al momento de fallar, no debemos escudarnos en los precedentes jurisprudenciales para producir sentencias de “cliché”. Tampoco podemos pretender disimular la falta de organización utilizando como escondite la excusa de la redacción de sentencias que demuestren acabadamente la calidad jurídica de quien la realiza. Antes bien, debe tratarse de una respuesta jurídica adecuada (the right answer al decir de Dworkin) en varios sentidos, no solamente en lo retórico o en lo científico. Importa el “qué” de la sentencia (la respuesta jurídica correcta para el caso), el “cómo” (en cuanto al procedimiento) y el “cuándo” (en tiempo oportuno).

Es menester encontrar un equilibrio entre la optimización del tiempo, de los recursos humanos y la obtención de resultados en tiempo y forma. La seguridad jurídica, la celeridad en los tiempos procesales y la justicia en tiempo oportuno son valores que debemos buscar con ahínco.

El premio será culminar el día con la satisfactoria sensación de haber dado el mejor esfuerzo y de haber cumplido cabal y responsablemente con la labor encomendada por la sociedad.-

## Aspectos de la Responsabilidad Científica de los Jueces

Por Claudina Xamena Zárate

### I- Introducción

Entre los diferentes sistemas de responsabilidad judicial, la doctrina distingue aquellos clásicos como la responsabilidad política, la responsabilidad penal, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad civil. Sin embargo existen otros sistemas más novedosos de responsabilidad judicial entre los que se ubica a la responsabilidad ética, a la responsabilidad científica, a la responsabilidad gerencial, a la responsabilidad corporativa, a la administrativa del Estado por actividad judicial y a la responsabilidad internacional del Estado por actividad judicial.

Pese a su autonomía y reconocimiento doctrinario, diversos aspectos de la responsabilidad científica de los jueces no han sido estudiados en forma extensiva, especialmente aquellos que hacen a su control por un órgano específico.

A fin de aproximarnos a un concepto de esta novedosa especie de responsabilidad deviene conveniente recurrir al Tratado de Derecho Judicial, en el que se sostiene que la responsabilidad científica es aquella que “juzga la actuación de los magistrados desde la perspectiva de la calidad jurídica de las sentencias que ellos dictan, circunstancia que incide directamente en el prestigio y autoridad del Poder Judicial”.<sup>1</sup>

Los jueces utilizan la ciencia en numerosas oportunidades y están llamados a interpretar las normas jurídicas en concordancia con el avance científico. Que el juez conozca el derecho no solo significa que aplique normas jurídico-positivas a un caso concreto, sino que el mandato de aplicar la “mejor ciencia jurídica” abarca los conocimientos que le aportan la filosofía jurídica, la ciencia jurídica y la prudencia jurídica. En concordancia con el aforismo de que el “juez es boca de la ley”, para que un juez pueda decir mejor el derecho, deberá necesariamente estudiar derecho, y aquí la capacitación continua se impone como una herramienta para lograr la permanente actualización y mejorar la performance científica del magistrado.

La especialización de los jueces contribuye a que alcancen un conocimiento profundizado de una materia específica del derecho para lograr la excelencia. Es por eso que debe alentarse la realización de cursos de capacitación destinados a jueces para fortalecer su conocimiento jurídico y sus capacidades argumentativas.

Enseña el Dr. Eduardo Sodero que hablar de responsabilidad científica implica hacer referencia a la “promesa que realizan los jueces de resolver los casos que se le presenten según la mejor ciencia y conciencia”<sup>2</sup>. De allí se desprende que esta exigencia implique que el juez deba tener un grado de conocimiento jurídico que le permita cumplir cabalmente este imperativo.

Esta exigencia de excelencia científica en el juez crea confianza en los restantes operadores del sistema judicial y por sobre todo en los justiciables. Un

---

<sup>1</sup>VIGO, Rodolfo Luis, *Tratado de Derecho Judicial*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 798

<sup>2</sup> SODERO, Eduardo, “Sobre la responsabilidad científica del juez”, en SANTIAGO, Alfonso (dir), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, ts. I y II, Ábaco, Buenos Aires, 2006.

juez ignorante del derecho produce el desprestigio de la magistratura. En este sentido, la responsabilidad científica comparte con la responsabilidad ética algunos caracteres comunes, al porqué ambas apuntan a lograr un mejor juez.

## **II- Mecanismos de contralor de la responsabilidad científica de los jueces**

¿A quién le incumbe el examen concreto de la responsabilidad científica de los jueces? A diferencia de otras especies, en la responsabilidad científica no es fácil encontrar un órgano específico de contralor que la examine en forma concreta, como acontece con la responsabilidad política a cargo de jurados de enjuiciamientos especiales. Soderro responde a este interrogante indicando la existencia de dos instancias bien definidas de control: la académica y la jurisdiccional revisora.

### **a) Contralor académico de la responsabilidad científica**

Esta instancia de control científico es ejercida en forma difusa por los doctrinarios que analizan una resolución judicial concreta y se visualiza a través de la redacción de comentarios y anotación de fallos en revistas jurídicas especializadas.

Otra modalidad de ejercer este contralor es el análisis de fallos en talleres, seminarios o cursos en los cuales se aborda una temática jurídica y se valora los precedentes más recientes y la evolución que experimentaría una institución jurídica en la jurisprudencia.

Las academias de derecho representan un espacio importante para el análisis de la corrección científica de las decisiones judiciales. Junto a ellas, desde hace unas décadas, las escuelas o centros judiciales efectúan indirectamente el control científico de los fallos que son analizados en clases o talleres de estudio.

### **b) Contralor de la instancia jurisdiccional revisora.**

Este mecanismo de control se verifica principalmente respecto de resoluciones judiciales dictadas por jueces inferiores que sean revisables vía recursiva ante un tribunal de alzada, así en nuestro país podría llegarse hasta la revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Inclusive las sentencias del juez doméstico podrían ser analizadas por el juez interamericano.

Y luego nos restaría preguntarnos *¿qui custodiat ipse custodes?* Con este interrogante deviene necesario analizar si se verifica la responsabilidad judicial científica a nivel de los tribunales supranacionales.

## **III- Responsabilidad judicial científica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En la conferencia que dictó el Dr. Rodolfo Luis Vigo en la presentación del Tratado de Derecho Judicial<sup>3</sup> expresó que “el derecho goza o sufre cada vez que un juez da a conocer un fallo”. Si el derecho se conmueve ante el dictado de una resolución por un juez nacional, cabe preguntarse acerca del impacto científico que las decisiones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en el Derecho. Baste para ello ejemplificar con lo resuelto en el caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/11/2012, en el cual se concluye que el embrión implantado no es persona desde el punto de vista jurídico y por ende, la técnica de fertilización in vitro es una práctica médica de alta complejidad

---

<sup>3</sup> La presentación tuvo lugar el 15 de noviembre de 2013 en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

que pasa el test de convencionalidad de conformidad con la interpretación que allí se hace del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los jueces locales pueden examinar si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a lo resuelto por un juez interamericano, revisarán y criticarán la calidad jurídica de la sentencia supranacional. Esta postura es asumida por el Dr. Esteban Righi en su carácter de Procurador General cuando dictaminó en la causa “Acosta, Jorge E. y otros s/recurso de casación”.

Precisamente, la doctrina del margen de apreciación nacional admite la posibilidad de que un juez local revise la línea argumentativa y las conclusiones a las que arriba un juez supranacional. Cuando un juez o tribunal interno, basado en esta doctrina, pretende apartarse de un precedente del juez supranacional - porque juzga que la calidad científica de la decisión no es ajustada a derecho- estaría ejerciendo un mecanismo propio de la responsabilidad científica. Podría concluirse además que en el ámbito interamericano se impone un diálogo entre las jurisdicciones interamericana y doméstica para evitar vulnerar principios del orden público local.

Aparece clara e indiscutible la inexistencia de una sanción o reproche que pudieran emitir estas instancias de contralor, más allá de la descalificación académica con la que pudiera juzgarse la decisión. En esta tesitura, se esgrime la necesidad de que el examen de la responsabilidad científica sea encomendado a comités o juntas integradas por académicos<sup>4</sup>.

#### **IV- Los Consejos de la Magistratura y el control de la responsabilidad científica de los jueces**

A las dos instancias revisoras de la responsabilidad científica de los jueces cabe agregar una tercera instancia que desarrollan aquellos Consejos de la Magistratura evaluadores de aspectos científicos de las resoluciones judiciales. Es destacable en este sentido la tarea que cumple el Consejo Nacional de la Magistratura del Poder Judicial de Perú para la elaboración del informe de evaluación de jueces y fiscales comprendidos en los procesos de ratificación cuya finalidad renovar o no la confianza a los jueces y fiscales para confirmarlos en sus cargos<sup>5</sup> luego de examinar las decisiones que los jueces adoptan en sus sentencias y resoluciones o que los fiscales asumen en sus dictámenes.

Las ratificaciones a jueces y fiscales se basan en la evaluación de dos rubros: conducta e idoneidad. Este último comprende la calidad de las decisiones (responsabilidad científica), la calidad en la gestión de los procesos, la evaluación de la celeridad y del rendimiento, la evaluación de la organización del trabajo (responsabilidad gerencial), la evaluación de publicaciones de contenido jurídico (responsabilidad científica) y la evaluación del desarrollo profesional sobre la base de la nota obtenida en los cursos de capacitación o especialización que haya seguido el juez o fiscal (idoneidad y responsabilidad científica).

Especial reparo merecen los indicadores que califican las publicaciones científicas cuya autoría corresponda a los jueces y fiscales, ya que analizan la originalidad o creación autónoma de la obra publicada, su calidad académica, científica o pedagógica, su relevancia o pertinencia con las políticas en materia

---

<sup>4</sup>VIGO, p. 799.

<sup>5</sup> El art. 154 de la Constitución Política del Perú señala que el Consejo Nacional de la Magistratura ratifica en sus cargos a jueces y fiscales de todos los niveles cada 7 años.

judicial y su contribución al desarrollo del Derecho para otorgarle el respectivo puntaje numérico.

Los parámetros que califican la calidad de las decisiones valoran la fundamentación jurídica de la sentencia con la cita de disposiciones legales, el manejo de jurisprudencia y su aplicación según la complejidad del caso en concreto, la congruencia procesal y por último la coherencia lógica y solidez de la argumentación.

Este contralor no constituye un mecanismo de responsabilidad administrativa, disciplinaria o política, dado que la no ratificación del magistrado no configura una sanción ni una medida disciplinaria, de conformidad a lo dispuesto por el art. 154 de la Carta Magna Peruana. La resolución que adopta el Consejo no es susceptible de recurso alguno e impide que los jueces y fiscales que no fueran ratificados, conforme los parámetros establecidos, reingresen al Poder Judicial.

## **V- Conclusión**

Luego de analizar los aspectos que presenta esta nueva especie de responsabilidad, puede apreciarse la trascendencia que proyecta la responsabilidad científica de los jueces en el prestigio de la magistratura.

La carencia de una instancia institucional propia que controle la calidad e idoneidad científicas de fallos o bien que ésta sea absorbida por otras responsabilidades que aplican sanciones más fuertes, no se justifica el desconocimiento del alcance de esta responsabilidad en todos los niveles y jerarquías judiciales.

La falta de responsabilidad científica no es irrelevante, aunque no afecte la continuidad en el cargo, salvo cuando se suma la comisión de otras irregularidades en el ejercicio de la magistratura, toda vez que socava la autoridad del juez que incurrió en la falta y deja vulnerable a la comunidad judicial produciendo un descrédito en los justiciables.

Sin lugar a dudas, se concluye que la capacitación y el perfeccionamiento constante de los jueces les permitirán alcanzar los “mandatos de optimización” - en sintonía con Alexy- para que la calidad de sus decisiones apruebe el control científico de esta dimensión de la responsabilidad judicial.

**Derecho Judicial: análisis y aplicación de conocimientos iusfilosóficos.  
Fallo “Casal” Corte Suprema de Justicia de Argentina en Causa Nº 1.681  
“Recurso de hecho deducido por la Defensa de Matías Eugenio Casal y Otro  
S/ Robo Simple en grado de Tentativa”**

**Por Ada Guillermina Zunino Yane**

### **Introducción**

El fallo “Casal”<sup>1</sup>, constituye una bisagra jurídica en torno al reconocimiento del derecho de revisión y garantía de la doble instancia en materia penal, en virtud de la adecuación convencional -por vía de interpretación jurisprudencial- de las normas internas y de los derechos y garantías de jerarquía constitucional-convencional consagradas en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inc. 22 de la C. Nacional). El fallo comentado fue objeto de elección, por la originalidad en materia de argumentación histórica, por la riqueza jurídica de su contenido y por su alta calidad axiológica.

### **Problema ontológico: ¿Qué es el derecho?**

A la luz comparativa de las teorías iusfilosóficas, la presente sentencia menciona las distintas etapas del derecho, desde el iuspositivismo funcional al Estado Legal de Derecho hasta el actual periodo no positivista, encontrándose en plena vigencia el Estado Constitucional de Derecho. Surgiendo, con clara evidencia, del propio fundamento legal del fallo emitido por el Tribunal Superior, para el otorgamiento de la vía de impugnación solicitada, su adscripción filosófica no positivista, en tanto y en cuanto proclama el pleno respeto y observancia jurídica de principios y garantías contenidos en convenios internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional so pena de recaer en responsabilidad internacional por su negación o desconocimiento.

El fallo comentado surge como reacción a la concepción jurídica positivista-legalista adoptada por el Tribunal inferior al argumentar el rechazo de la admisibilidad de la vía recursiva intentada, enunciando como fundamento de dicha resolución, la existencia de una limitación legal, formal y objetiva en torno a materia susceptible de revisión por recurso de casación, ajustándose a la norma escrita como “ultima ratio”, sin consideración alguna al contenido arbitrario e injusto del fallo convalidado. Ante ello, el Tribunal inferior se enrola dentro de la corriente positivista legal, al no reconocer más derecho que el derecho puesto, desconociendo la existencia de un derecho supralegal como también a la moral como límite, contenido y materia penetrante del derecho, tal como surge de la aplicación literal y arbitraria de la norma contenida en el art. 458 del C.P.P.N. En contrario, el fallo de Corte reconoce como fuente de derecho normas de diferentes rangos jurídicos y origen como también pronuncia y afirma la existencia de principios jurídicos tales como el principio republicano de división de poderes, principio de la sana crítica de interpretación de normas, principios generales del derecho -los cuales previa valoración - son la pauta de exigencia ética del derecho en el caso particular.

---

<sup>1</sup> CSJN. Fallo 328-3399, Fecha 20-09-05.

### **Problema gnoseológico: ¿Qué es el saber jurídico?**

La sentencia trasciende una concepción de saber jurídico enrolada en una teoría no positivista–neoconstitucionalista, por manifestarse como un saber práctico, ético y axiológico, con claras referencias al valor justicia y protección de derechos humanos (art. 8.2 de la C.D.H). El fallo remite con carácter fundante, a los antecedentes históricos de los institutos jurídicos en crisis, ponderando las normas, principios y derechos en juego. Pronuncia y reivindica principios generales del derecho como “la exigibilidad tiene por límite la posibilidad” en materia recursiva. Reconoce y se refiere al saber iusfilosófico, trazando un paralelismo entre el Estado Legal de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. Demuestra la presencia de la ciencia jurídica a través de la descripción de normas, su referencia a la existencia de una sistematización, los distintos métodos interpretativos a aplicar y la consecuente valoración de las normas y principios reinantes, a la luz del marco constitucional convencional. Todo ello con carácter antecedente y conclusivo que decanta con la aplicación a través del saber jurídico resolutorio, de las normas debidas al caso concreto.

### **Problema lógico del derecho: estructuras lógicas.**

La argumentación sostenida en la sentencia, reconoce la existencia de estructuras lógicas tales como conceptos y juicios trascendentes como que es materia revisable, derecho de revisión, razonando la materia jurídica a los efectos de llegar a la solución ajustada a derecho, todo ello a través de un sistema jurídico abierto, dinámico y permeable a distintos saberes. Se observa una somera referencia análoga a la tarea herculeana de Dworkin, al realizarle un verdadero “test de origen” a las normas jurídicas aplicables al caso<sup>2</sup>, remontándose a cada una de las distintas etapas históricas, dando razón de la evolución de dicha vía recursiva hasta la actualidad. Destaca la importancia determinante para los avances en la vida del derecho, del aporte de la jurisprudencia nacional e internacional a través de su doctrina, su contenido axiológico y el impacto modificador de los precedentes jurisprudenciales (Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica<sup>3</sup>, Caso Jáuregui<sup>4</sup>, Caso Maqueda<sup>5</sup>, Caso Gioldi<sup>6</sup>) en la recta interpretación y aplicación de las reglas jurídicas para los casos futuros. El fallo de Corte no solamente refiere a la existencia de normas y principios de diferentes rangos, los cuales pondera e interpreta de acuerdo al método de la sana crítica racional, todo ello a los efectos de arribar a la solución justa y equitativa al caso concreto, so pena de recaer en la arbitrariedad, sometiendo a las normas a un verdadero control de constitucionalidad y convencionalidad. De ese modo destierra a la tópica jurídica y adopta una postura no positivista en relación a las ventajas del sistema, al cual le reconoce orden y coherencia, que se manifiesta en el razonamiento efectuado al caso concreto.

---

<sup>2</sup> VIGO, Rodolfo. Maestría de Derecho Judicial, Mod. Der. Judicial, Marzo 2013.

<sup>3</sup> CIDH, Serie C. N° 107, 02 de julio de 2004.

<sup>4</sup> CSJN, Fallo 311:274

<sup>5</sup> CIDH, Informe11/94

<sup>6</sup> CSJN, Fallo 318:514

### **Problema axiológico: ¿qué es lo que le da valor al derecho?**

Tal como surge del fallo, existen importantes referencias, tales como "evitar un ámbito de arbitrariedad selectiva", "eficaz protección de derechos humanos", una permanente remisión a criterios claros de moral jurídica ante el desconocimiento de derechos y garantías reconocidos en tratados de derechos humanos, lo cual siguiendo una línea teórica filosófica no positivista, reconoce que el derecho tiene conexiones necesarias con la moral, la razón y la justicia, los cuales limitan e informan al mismo. Todo derecho debe detentar contenido ético-moral, para ser considerado derecho. El derecho no solamente tiene conexiones con la moral, debe tener contenido intrínseco moral, por el efecto regulador de conductas interhumanas. Los derechos humanos son la expresión máxima de moral, razón y justicia. No existe derecho humano amoral, injusto o irracional, sería un contrasentido. ¿Qué le brindan los valores al derecho? Obvio, validez jurídico temporal, legitimidad pero a mi entender también le dan trascendencia y atemporalidad. ¿Dónde más se encuentra la mayor reserva axiológica perenne del derecho? En los principios, como los principios de libertad, Pro-homine, igualdad, etc., siendo su contenido axiológico tan patente y palmario que dificulta una definición semántica acabada de los mismos. ¿Nos encontramos ante una sociedad que reconoce al derecho axiológicamente? Ante ello, viene a la memoria el Estado Legal de Derecho, la concentración jurídica, la separación del derecho de toda dimensión axiológica con las consecuencias nefastas para la humanidad, el destierro de la filosofía del derecho como ciencia y el saber, la oscuridad... Ante ello, renace como el ave fénix el Estado Constitucional de Derecho el cual sienta nuevas bases y paradigmas axiológicos, humanizando el derecho. "La difusión de los derechos humanos ha fortalecido la conciencia de la sociedad de que por encima de valores formales debe prevalecer el respeto al hombre, y que la injusticia grosera o extrema no puede obtener el respaldo o protección del derecho o los juristas"<sup>7</sup>. Dicho paradigma es propio del Estado Constitucional de Derecho, siendo el presente fallo comentado un fiel reflejo de ello.

### **Conclusión:**

Es indudable que la filosofía del derecho constituye uno de los pilares fundamentales en la construcción del nuevo Estado de Derecho Constitucional, toda vez que del exquisito aporte de dicho saber, dependerá, en forma directa y proporcional, la excelencia jurídica y la trascendencia moral y ética de las decisiones judiciales. Ante ello vale aquí lo manifestado por Rodolfo Vigo: "Frente a esos verdugos o castradores de la filosofía jurídica, remitamos en la actualidad a R. Dworkin cuando rechaza a los juristas "nominalistas" y reclama para la filosofía no un papel secundario "sino ser el nervio de la reflexión sobre el derecho"; y también a Arthur Kaufmann, enseñando que la filosofía del derecho postmoderna "debe recordar su tarea original" que en última instancia gira alrededor de lo que es el hombre"<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Edit. Rubinzal Culzoni, Bs As, Año 2007, P.120.

<sup>8</sup> VIGO, Rodolfo, *Nuevos Vientos de la Filosofía Jurídica*, Mat.Trabajo Maestría de Derecho Judicial, Mod. Der. Judicial, Marzo 2013., Apar.5, pag.122



## ÍNDICE

<b>Editorial .....</b>	<b>3</b>
<b>Posgrado sobre Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia Profundizado.5</b>	
Introducción .....	7
Abordaje Interdisciplinario en Violencia Familiar por Matilde Sonia Alonso.....	9
Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Sistema de Protección Integral y Reforma del Código Civil por María Jesús Bestregui Ortíz.....	27
<b>Curso Intensivo sobre Microtráfico de Estupefacientes .....</b>	<b>37</b>
Introducción .....	39
Implicancia de la Pericia Social en el Marco de la Ley Provincial de Estupefacientes por Mirian Noemí Clemente .....	41
Algunos Aspectos Procesales de la Implementación de la ley 26052 en la Provincia de Salta. Una mirada desde la Defensa por Pedro Pablo Curotto .....	49
Derecho de Fondo y Procesal Profundizado sobre Estupefacientes por Martín Herrera .....	57
<b>Maestría en Magistratura y Derecho Judicial .....</b>	<b>63</b>
Introducción .....	65
Análisis del Fallo Carranza Latrubesse C/Estado Nacional (CSJN) por Mónica Leila Alberto.....	69
Las Responsabilidades Judiciales y sus Dimensiones por Juan Ramón Ignacio Allena Cornejo .....	75
La Responsabilidad Política de los Jueces por el Contenido de sus Sentencias. Remoción en la Provincia de Tucumán por Mariel del Valle Astrada .....	81
La Responsabilidad Política de los Jueces en Salta por el contenido de sus Sentencias por Rosana Castro.....	89
La injusticia extrema no es Derecho (“Extremes Unrecht Ist Kein Recht”) por María Elisa Gallo .....	95
El Derecho Judicial por Alfredo Gómez Bello .....	101
La justificación interna y externa en la Argumentación Jurídica. Aplicación al fallo Ponzetti de Balbín, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A., del 11 de diciembre de 1984 (fallos, 306-1892) por María Magdalena Ovejero Paz .....	105
Razonamiento Judicial aplicado a la correcta estructuración de la Sentencia por María Virginia Toranzos.....	109
Aspectos de la Responsabilidad Científica de los Jueces por Claudina Xamena Zárate .....	113
Derecho Judicial: análisis y aplicación de conocimientos lusfilosóficos. Fallo “Casal” Corte Suprema de Justicia de Argentina en Causa N° 1.681 “Recurso de Hecho Deducido por la Defensa de Matías Eugenio Casal y Otro S/ Robo Simple en grado de Tentativa” por Ada Guillermina Zunino Yane.....	117

**Escuela de la Magistratura  
del Poder Judicial de Salta**

Avda. Bolivia 4671 - Ala Norte  
CIUDAD JUDICIAL  
Salta - Provincia de Salta

Tel./Fax: +54 - 0387 425-8000  
Interno 1150

Correo electrónico:  
[escuela@justiciasalta.gov.ar](mailto:escuela@justiciasalta.gov.ar)

Portal web:  
[www.escuelamagistratura.gov.ar](http://www.escuelamagistratura.gov.ar)

