

CIDJILP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

DOCTRINA

JUAN FACUNDO BESSON. TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO: UNA IUSFILOSOFÍA SITUADA.

SERGIO DÍAZ. LA COMPETENCIA MATERIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. DOCTRINA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

CECILIA INÉS DOMÍNGUEZ. DERECHO ANIMAL EN ARGENTINA. ANÁLISIS DEL ART. 41 DE LA CN Y DE LA LEY 14.346.

SILVIA NOEMÍ ESCALANTE. FILIACIÓN HOMOPARENTAL EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

ANA LIS PALACIO. MARÍA ALEJANDRA ZUCCHINI. LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL PARADIGMA PROTECTORIO.

VICTORIA SANTESTEBAN. EL FEMICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.

DOSSIER SOBRE ORALIDAD - PROTOCOLOS IBEROAMERICANOS

PROTOCOLO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA EN AUDIENCIA Y GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

PROTOCOLO IBEROAMERICANO PARA LA DIRECCIÓN DE ACTUACIONES JUDICIALES ORALES

VOL. X N° 1 | DICIEMBRE 2018

ISSN 2313-9285

C|D|J|L|P

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA



INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el **30 de mayo de 2019** a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gob.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra “Times New Roman” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección “publicaciones” de la web www.ccjlapampa.blogspot.com

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2018

Presidenta

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

Ministros

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DR. FABRICIO ILDEBRANDO LOSI

DR. JOSÉ ROBERTO SAPPA

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

ANAVELIA ÁLVAREZ

GRISELDA MANZANO

ROMINA MARASCHIO

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3º.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gob.ar

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN
NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

INDICE

DOCTRINA

JUAN FACUNDO BESSON

TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO: UNA IUSFILOSOFÍA SITUADA

11

SERGIO DÍAZ

**LA COMPETENCIA MATERIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO. DOCTRINA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

33

CECILIA INÉS DOMÍNGUEZ.

**DERECHO ANIMAL EN ARGENTINA. ANÁLISIS DEL ART. 41 DE LA CN Y
DE LA LEY 14.346**

51

SILVIA NOEMÍ ESCALANTE

**FILIACIÓN HOMOPARENTAL EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA
ARGENTINA**

93

ANA LIS PALACIO Y MARÍA ALEJANDRA ZUCCHINI

**LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD COMO
MANIFESTACIÓN DEL PARADIGMA PROTECTORIO**

107

VICTORIA SANTESTEBAN

EL FEMICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

121

DOSSIER SOBRE ORALLIDAD

**PROTOCOLO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA EN AUDIENCIA Y GUÍA DE
BUENAS PRÁCTICAS**

136

**PROTOCOLO IBEROAMERICANO PARA LA DIRECCIÓN
DE ACTUACIONES JUDICIALES ORALES**

156

DOCTRINA

TEORIA EGOLÓGICA DEL DERECHO: UNA IUSFILOSOFIA SITUADA

Juan Facundo Besson *

1. Introducción

Si bien Carlos Cossio fue tributario del pensamiento de Kant, Husserl, Heidegger y Marx; imprimió a su teoría una impronta particular que le permitió crear los cimientos de una Escuela Jurídica Argentina. El iusfilósofo tucumano - insubordinándose intelectualmente- sintió la necesidad de desarrollar una reflexión propia y diferencial con respecto a las lógicas de producción de los países centrales -en ese momento el positivismo-.

Si bien la teoría egológica se nutre de la fenomenología, el criticismo, el positivismo, el existencialismo y el marxismo; las categorías de dichas filosofías se volvieron mestizas al aplicarse al continente americano. Caso contrario, -la egología- quedaría inoperante, ajena y artificial; sumergida en una falsa erudición, escindida de toda naturaleza propiamente autóctona. De acuerdo con esta lectura de nada serviría guiarse por el derecho heredado de otras civilizaciones, si estas no se ajustasen a nuestra singularidad. En este sentido la egología es la iusfilosofía que resignifica el derecho en pleno auge del logicismo kelseniano.

El aporte de Cossio fue elaborar una filosofía de la Ciencia Jurídica que golpeó al iusnaturalismo de origen tomista y al normativismo mecanicista. La novedad egológica está en considerar al derecho comprendido e interpretado

* Docente adscripto de Derecho Político – Cátedra C – Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Coordinador General de la Cátedra Libre Carlos Cossio - Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

mediante una teoría del conocimiento respecto de la conducta humana. Es decir, que ya no se trataba de sujetos jurídicos ideales sino de personas, de seres humanos reales y de sus conductas en interferencia intersubjetiva, como el verdadero objeto de la ciencia jurídica.

La construcción egológica nos propone una insubordinación cultural en el plano iusfilosófico, que rompe con el objeto de estudio de la postura positivista y de esta forma también correr el velo sobre el trasfondo ideológico capitalista de dicha postura. Es decir, el positivismo es el relato jurídico del capitalismo individualista, donde se configura la explotación del hombre por el capital. Y a contrario sensu, la propuesta egológica presenta una forma de ver el derecho desde una relación comunitaria-(co)existencial.

El pensamiento estratégico de Cossio nos presenta un momento táctico en la polémica con Hans Kelsen, en 1949. Este momento es esencial para que la teoría egológica -concebida en la periferia- se confronte con el positivismo -concebido en los centros de poder global-. En resumen, la egología propone una nueva forma de comprender el derecho, con pretensión universal, o como expresa Mario Casalla, como un “universal situado”.

2. El valor de la polémica para la teoría egológica

A diferencia de las ciencias exactas, en las ciencias humanas o sociales el objeto de estudio parece siempre está en permanente debate, y el derecho en especial presenta ribetes epistemológicos particulares. Por ejemplo, Oliver Wendell Holmes Jr. ha dicho que las profecías de lo que los tribunales harán es lo que debe entenderse por derecho. Por otro lado, se ha sostenido que el

derecho es la norma primaria que establece la sanción, es decir, el derecho es concebido como un conjunto de normas.¹

Es Norberto Bobbio uno de los primeros en aceptar la distinción entre estructura y función del derecho, señalando que las teorías estructuralistas se preocupan por saber “de qué se compone el derecho” mientras que las que representan un análisis funcional se preguntan “para qué sirve el derecho”.² Peces Barba, por su parte, sostiene que el análisis funcional debe completar y no sustituir al análisis estructural³, en este sentido, coincidente con el autor español considero que la filosofía del derecho no pierde la nota característica de la filosofía general consistente en un saber para saber, desinteresado, ni su abstención de todo beneficio práctico.

3. Polémica con el Iusnaturalismo

Dejando en claro la matriz desde la cual analizamos al derecho, nos encontramos con una primera perspectiva iusfilosófica de resonancia y en especial en nuestras latitudes que es el *iusnaturalismo*. Esta corriente *sostenía la vigencia de principios de justicia universales y necesarios, asequibles a la razón humana e insusceptibles de ser contradichos por normas que merezcan la calificación de jurídicas, en tanto el derecho injusto es inconcebible o contradictorio puesto que toda realidad que no se ajuste al derecho natural debe ser descartada como derecho por su carencia de valor.*

Una primera consideración que hace la egología es la *dificultad del iusnaturalismo de incorporar un segmento ontológico toda vez que prácticamente*

¹ ZUCCHI, Héctor A., *El derecho como objetivo tridimensional*, Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, p.14

² BOBBIO, Norberto, *Hacia una teoría funcional del derecho*, trad. G. Carrió, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1976, p. 9.

³ PECES BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1994, p. 277.

ha circunscripto su análisis al plano axiológico. En este sentido, cabe destacar que los valores no tienen esa primera categoría de ser, no son sino valen, adolecen de sustantividad. En consecuencia, en la entificación del valor como objeto ideal reside la insuficiencia de esta perspectiva y son impugnables las diferentes tradiciones iusnaturalistas -desde la egología- porque sus respuestas axiológicas, al carecer de fundamentos ontológicos, son respuestas en el aire, esto es, sin base con relación a la experiencia, como podrían serlo una sentencia judicial, un contrato o un hecho ilícito.

Para Cossio el derecho es conducta, no es un tramo de naturaleza sino un momento de vida, es decir, la misma vida humana viviente o expresiones de libertad metafísica fenomenalizada. También le responde el iusfilósofo tucumano al iusnaturalismo sobre la naturaleza de Dios, y señala que es uno de los objetos metafísicos, es más, sería el caso ejemplo, "...pues Dios no está en la experiencia pues nadie lo puede ver, tocar u oír; y además está concebido siempre como la suma de los valores: la suma bondad, la suma belleza, la suma sabiduría".⁴ Pero aclara a continuación que, dentro de la filosofía existencial, a la que adhiere, sólo las categorías que corresponden al hombre como existenciaros, incluyendo los valores puros, son de verdad objetos metafísicos. De modo que su posición frente a Dios puede caracterizarse como agnosticismo; Dios es pensado con las notas indicadas, por la generalidad de los hombres, pero en tanto objeto metafísico no existe un acto gnoseológico propio que permita su captación, por lo cual resulta un incognoscible, y por ende no hay un método adecuado ni ciencia propiamente dicha acerca de Dios. Algunos párrafos incidentales, a propósito de la crítica egológica a la teoría iusnaturalista, pueden ilustrar mejor su concepto al respecto: Dios no es un objeto propiamente ontológico sino teológico (es decir, supone la fe de quien cree en su existencia) y

⁴ COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Bs.As. Kraft, 1945; 3ª ed. Bs. As. 1967, p. 257.

por eso no puede fundar ontológicamente el derecho natural, como pretenden los escolásticos.⁵

4. Polémica con el normativismo

Con la irrupción de la era de las revoluciones en el mundo occidental a finales del siglo XVIII y los grandes avances técnicos del floreciente capitalismo aparece en escena una perspectiva que iba a tomar el lugar hegemónico del iusnaturalismo, este es el normativismo. Cabe destacar que es con los autores de esta corriente con quien Carlos Cossio ha debatido más frecuentemente y en especial con su más notable exponente en el siglo XX, Hans Kelsen. Es el jurista vienes el que lleva el pensamiento stammleriano al extremo y elimina todo vestigio de iusnaturalismo considerando lo relativo a lo justo como metafísico.

El normativismo kelseniano ejerció y ejerce una influencia hegemónica que lo convirtió en el punto de referencia del trabajo iusfilosófico del siglo XX, principalmente en Occidente. Tanto es así que a fines de la década de 1940 muchos pensaban que el panorama de las concepciones jurídicas estaba dividido fundamentalmente en dos bloques antagónicos: kelsenianos y antikelsenianos.

Es bien sabido que Hans Kelsen consideraba que el derecho sólo era norma jurídica y que cualquier otra disciplina era extranjera a la esencia del derecho. Con referencia a esta sentencia señalaría expresamente:

En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología,...con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Teoría pura del

⁵ LÉRTORA MENDOZA, Celina A. “El pensamiento latinoamericano del siglo XX ante la condición humana: Argentina - ‘Carlos Cossio ante la condición humana’”, agosto 2006, en el blog “Teoría, Crítica e Historia”, consultado el 26 de Mayo de 2018 a través de <https://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/argentina/cossio.html>

derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.⁶

En resumen, la teoría pura quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños, depurándola de los aspectos vinculados a ciencias o disciplinas como la psicología y la sociología, por un lado y de la moral o aspecto valorativo, por otro. El resultado de la doble purificación es la norma, identificada con el derecho, sin hecho ni valor.

En orden a lo mencionado en el párrafo anterior, Carlos Cossio se formula el siguiente interrogante: Si las normas son proposiciones, ¿cuál es el objeto mentado por ellas? Si Hans Kelsen hubiere respondido consecuentemente que el objeto mentado era la conducta, la teoría pura y la egología, hubiesen coincidido en lo fundamental.⁷ Es decir, que de reconocer el protagonismo de la conducta la pureza normativa se hubiese enturbiado con lo fáctico, convirtiéndose la teoría pura en impura, subalternizándose al realismo egológico. De ahí, la preocupación de Kelsen para aclarar su posición frente a la teoría egológica efectuada mediante una nota al texto reelaborado de la teoría pura publicada en 1960.⁸

La crítica egológica se funda en la afirmación de Husserl de que toda expresión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos. Esto es, el decir algo sobre algo, exige necesariamente ese algo acerca del cual la norma dice algo, y que para la egología es la conducta. En cambio, Hans Kelsen no puede reconocer la virtualidad pre temática ontológica de la conducta subyacente en

⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo del original en alemán, México, Porrúa, 7ª edición, 1993, p. 15.

⁷ VILANOVA, José. *Elementos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1984, pág. 162.

⁸ ZUCCHI, Héctor A., Op. Cit., p.28

su teoría por cuanto ello sería coincidir en lo fundamental con la egología, según lo visto más arriba, y cederle voluntariamente el cetro en el pensamiento iusfilosófico.

5. ¿Es la egología una iusfilosofía situada?

Carlos Cossio es el primero en incorporar a las cátedras de Filosofía del Derecho el estudio de Hans Kelsen, Oliver W. Holmes y Karl Marx. Personalmente, en su investigación iusfilosófica, parte de concepciones ontológicas y gnoseológicas inspiradas en Kant, Husserl y Heidegger, autores por los que pasa, según él, el nervio del pensamiento contemporáneo. Conoció las teorías de Max Scheler y Nicolai Hartmann, autores de mucho predicamento en Sudamérica, como él mismo lo reconoce, pero considera que la obra de ellos es inaceptable por el carácter hipotético de que adolece.⁹

Carlos Cossio funda con la egología una teoría profundamente culturalista y humanista, al definir al derecho como conducta humana en interferencia intersubjetiva, y tratarlo como objeto cultural; por su acercamiento a los datos de experiencia jurídica, su “ir a las cosas mismas” parafraseando a Husserl, Cossio le dio a su Teoría una impronta personal tan auténtica que creó las bases de una verdadera Escuela Jurídica Argentina.

La teoría egológica fue y es una Escuela Jurídica Argentina. Y esto es vertebral para pensar y (re)pensar el derecho desde la periferia, no ya en desde la matriz idealista-metafísica (normativismo mecanicista) sino de las personas, de seres humanos reales (el derecho como conducta humana). De esta manera, la lógica normativa se insertó en la vida plenaria sin perder por ello su función significativa. Esto queda plasmado, según Cossio, en la actividad de creación judicial de la sentencia que exige del juez un comportamiento con sentido, que lo obliga a percibir el derecho no como algo concluso y ya hecho, sino como

⁹ LÉRTORA MENDOZA, Celina A., Op. Cit.

algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente.

El aporte de Cossio fue elaborar una filosofía de la Ciencia Jurídica que polemizó por igual con iusnaturalismo de origen tomista y el positivismo jurídico decimonónico, renovado por los técnico-jurídicos y convertido en lógica jurídica formal. Carlos Cossio tomaba al derecho positivo, no negaba su importancia en la estructura jurídica, pero su construcción dejó de lado al normativismo mecanicista como objeto de la ciencia jurídica para estudiar el derecho comprendiendo e interpretándolo mediante una teoría de conocimiento respecto de la conducta humana en interferencia intersubjetiva, como se señaló previamente.

El desarrollo propuesto por Cossio es interesante en términos de que constituye uno de los ejemplos más significativos del siglo XX argentino en términos de un pensamiento situado. Cuando hablamos de pensamiento situado tenemos que plantearnos cómo se recibe ese pensamiento, cómo constituye su originalidad en el pensamiento latinoamericano, pero también, y es tal vez lo que logra Carlos Cossio: constituir un pensamiento situado pero con un alto grado de sistematicidad y rigurosidad científica. En este sentido, señala Roy Williams: “Un pensamiento original, pero no una mera intervención, sino que es un edificio conceptual en el cual hay una gran arquitectónica probablemente vinculada con una gran fundamentación de la filosofía jurídica”¹⁰. Agrega el mencionado autor que el iusfilósofo tucumano sitúa el problema de la cuestión egológica en el marco de un contexto más grande, que es el de poder pensar la evolución y situación de Occidente. Es decir, pensar lo egológico a partir del marco contextual-histórico.

Es aquí donde hace una lectura general en la cual plantea que Occidente en siglo XIX tiene tres matrices de desarrollo cultural: por un lado, Inglaterra,

¹⁰ WILLIAMS, Roy, “Ponencia en Derecho en la era del cambio” en BESSON, Juan Facundo y CASALI, Julián (coord.), *Ethos*, Rosario, Cátedra Libre Carlos Cossio - Facultad de Derecho (UNR), 2017, p. 9

por otro lado, Alemania y por otro lado Francia y entiende que los valores políticos se sostienen entre esas tres perspectivas.

¿Qué pasa? En Inglaterra, responde, se desarrolla una labor pedagógica que influencia a Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda entre otros países anglosajones, logrando de esta forma constituirse protagonista de su propia matriz. En el caso de Alemania, señala Cossio, más allá de que no compartan el mismo idioma, forma fuertemente a los Países Bajos, a Escandinavia y fundamentalmente a los Balcanes. Sin embargo, en la matriz latina de pensar, señala el iusfilósofo tucumano, el papel hegemónico lo lleva adelante Francia por sus características peculiares, pero su casta intelectual no se propone ejercer un rol pedagógico en los países latinoamericanos. Entonces, de alguna manera, la matriz latina del pensar parecería que con Francia quedar huérfana.¹¹

Arribado el siglo XX, Cossio expresa que estas matrices se reconfiguran después de la Segunda Guerra, emergiendo dos perspectivas: por un lado, la de Rusia, es decir, el comunismo estatista, que deserta de Occidente y del otro lado constata que queda Estados Unidos como heredero del pensamiento occidental que logra imponerse e imponer una primacía económica, industrial, militar y cultural. Es el *hegemon* de la época. Sin embargo, Cossio señala: ¿Cómo podemos pensar más allá de la matriz anglosajona y soviética? Alemania lo recompone a partir de construir un nuevo horizonte de pensamiento cultural occidental, mientras Francia se mantiene dentro de un encapsulamiento, Italia intenta reprocesar esa situación, pero también fracasa al no tener potencia histórica y lo que aparece como única posibilidad de rehabilitar el pensamiento occidental es América Latina. Y en este intento precisamente se inscribe la posibilidad de la teoría egológica, porque lo que parecería querer hacer Cossio es rehabilitar la matriz latina del pensamiento occidental desde el punto de vista de la periferia y de la periferia más significativa que son precisamente los países de América meridional y austral. Entonces, la doble intervención que tiene la teoría egológica por un lado sería una refundamentación del pensamiento

¹¹ Ibidem

latinoamericano, pero fundamentalmente de una revelación de la Filosofía del Derecho de la lengua castellana como un nuevo estadio de pensamiento.¹²

Carlos Cossio entiende que en los países centrales el derecho está en crisis, la experiencia jurídica está en crisis. ¿Por qué? Porque el positivismo mecanicista solo piensa la norma, pero no logra pensar la conducta, porque el empirismo jurídico piensa la naturaleza, pero no logra pensar la libertad del individuo y porque el historicismo jurídico piensa la historia, pero no logra pensar la existencia del individuo contemporáneo. Entonces Cossio realiza su aporte pensando la esencia del derecho, pero no desde la naturaleza, la historia o la norma sino desde la conducta, -lo que es relativo a la acción del hombre-.

Entonces, lo que va a proponer la teoría egológica es precisamente conocer la conducta a partir de la intersección con la ley. De lo que se trata es de poder enfocar el problema de la conducta desde el punto de vista de cómo el plexo normativo piensa la vida del ser humano. Entonces, lo que aparecería como el problema de la egología, es el problema de la existencia, es el problema de cómo concebir la existencia del individuo. Es decir, el punto de partida de cualquier expresión jurídica sería pensar la existencia. ¿Pero qué existencia? Sería pensar la existencia en términos de libertad, porque la esencia de la existencia es la libertad. El fundamento es precisamente lo que entiende al hombre como un ser libre, que su “ser” sea un “poder ser”.

Por lo tanto, la óptica central de la egología es la existencia, por eso Carlos Cossio se entiende como un heredero de Husserl y de Heidegger, en términos de que la centralidad existencial es la esencia del derecho, pero también porque él entiende que el hombre puede llegar, desde su existencia, a un concepto de verdad. El hombre por sí solo puede llegar a la existencia por un concepto de verdad porque el hombre -y esto lo toma de la obra “Ser y Tiempo” de Heidegger entiende por un lado que es un “poder ser”, es un existente que

¹² Ibidem, p.12

puede ser, pero fundamentalmente el hombre comprende eso a partir de su finitud.

El hombre a partir de que conoce su finitud, a partir de que conoce que es un ser para la muerte, puede comprender el sentido de la vida. Y a partir de que puede comprender el sentido de la vida, puede comprender desde su existencia el sentido del derecho. En tanto conoce que es un ser para la muerte, puede transfigurar esa muerte en una experiencia de libertad.

Si entendemos que la egología se adscribe en un marco de pensamiento desde la periferia, como una perspectiva que piense el derecho en clave latina debemos precisar en primer lugar que la situación no es el conjunto prefabricado de circunstancias que rodean al hecho (una obra, un autor, una idea). Situar la egología es comprenderla dentro de una estructura histórica -no meramente formal- en relación con la cual ésta se expresa y dentro de la cual adquiere su especificidad.

La egología al ser construida desde las situacionalidades entendía como un modo determinado de la praxis -nunca por ende, simplemente teórico o puro-.¹³ Y así como la situación no es una estructura formal, tampoco es una suerte de ente '*explicatio*' que - desde lo 'general'- da cuenta de lo particular. Ni las 'condiciones objetivas' a las que cierto positivismo científicista y determinismo aluden cuando desean explicar por qué las cosas suceden tal como suceden.

¹³ Señala Norberto Bobbio: "Cossio es un filósofo del derecho con el cual es posible entenderse. Tiene nuestras mismas preocupaciones y entre ellas, principalmente, la de no hacer de la filosofía del derecho el uso de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones. Aun sabiendo que una cosa es la filosofía del derecho y otra es la ciencia jurídica, y que los juristas esperan inútilmente que de la filosofía provenga la solución a sus problemas, que son exclusivamente científicos (...), Cossio está convencido que nuestra disciplina deba aproximarse a la vida concreta del derecho, si quiere vencer la batalla contra la indiferencia y la hostilidad de los juristas" BOBBIO, Norberto, "La plenitud del orden jurídico y la interpretación", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 21, México, ITAM, 2004, p. 255. Publicado con el título original "*Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione*" en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, fascículo IV-V, julio-octubre de 1939, pp. 266-270. Traducido del italiano al castellano por Pablo Eiroa, *Università degli Studi di Camerino*

Pensar la teoría egológica como un “universal situado”, implica explicar el derecho en su conjunto, no se renuncia a la pretensión de universalidad, ni se está dispuesto a asumir una posición relativista. Una “universalidad situada” supone que se observa, siempre, desde un ángulo. No se puede nunca, ver todos los ángulos al mismo tiempo. Siempre se percibe en perspectiva y el lugar desde donde se mira, genera categorías. Se desprende, entonces, que la egología crea una estructura epistémica que permite dar cuenta de nuestra perspectiva, más allá de tomar prestados elementos y categorías forjadas en otras latitudes, -que al ingresar en nuestro contexto se vuelven propias-no por lo que separadamente significan sino por su rol intrasistemático en la arquitectura egológica.¹⁴

También es cierto que, si bien las capacidades reflexivas y filosóficas de los latinoamericanos no fue un tema central del trabajo de Cossio, es indudable que valoró positivamente los aportes de muchos grandes pensadores de la región. En este sentido, no parece haber experimentado ningún tipo de “complejo de inferioridad” frente al pensamiento europeo, al que trataba de igual a igual, un claro ejemplo de esto surge de su artículo sobre la visita de Kelsen a la Argentina donde reproduce la polémica sostenida entre ambos y con intervenciones de otros pensadores argentinos. Afirma que la escuela egológica, al tomar como punto de partida -y también luego, de crítica y distanciamiento- de la teoría kelseniana, dio a su autor un lugar importante entre los argentinos. Kelsen quería dialogar con los pensadores egológicos, pero -continúa Cossio- sólo tenía un conocimiento fragmentario de la teoría debido a su desconocimiento del castellano y por consecuencia lógica de las obras egológicas.

El diálogo entre ambos, que se reproduce en el mencionado artículo, muestra a dos pensadores discutiendo en pie de igualdad y con el trasfondo de la filosofía universal. Kelsen no habla de la Teoría Egológica como “filosofía

¹⁴ CASALLA, Mario, “La filosofía latinoamericana como ejercicio de lo universal situado”, en *Revista Cuaderno del Sur de la Universidad Nacional del Sur*, Bahía Blanca, n° 33, 2004, pp. 59 y 60.

latinoamericana" y Cossio tampoco: ambos tratan, con los recursos teóricos de su propia elucubración, diversos problemas. Lo que interesa es mostrar que para Carlos Cossio la filosofía (y la iusfilosofía) es universal, que los autores y las teorías son patrimonio de todos y que lo importante es el planteamiento y resolución de los problemas, no obstante, él observaba detenidamente que el resto de las perspectivas iusfilosóficas de Occidente no daban respuesta al interrogante de lo qué es el derecho y que hay detrás del derecho, es decir, a que ideología responde cada corriente.¹⁵

Para graficar lo glosado en el párrafo precedente, Luis Jiménez de Asúa, célebre penalista español que fue varios años profesor en la Universidad de La Plata luego de la caída de la república española, formuló una crítica indirecta a la teoría egológica en la cual, veladamente (o no tanto) se la tachaba "de germinadora de espíritu nazificante", al cuestionar tanto la noción estructural del delito como la aceptación de la función creadora del juez penal. Ésta y similares críticas le parecen inspiradas en falacias ideológicas, para Cossio. Y como respuesta se interroga -aceptando aquí explícitamente su origen latinoamericano-:

En este sentido cabe preguntar qué es la teoría egológica para tener esa diabólica virtud que la hace propagarse en una forma sin precedentes en la historia de las ideas jurídicas latinoamericanas; y que a unos arrebatada y a otros irrita, pero que a todos conmociona, hasta el punto que hoy, en la Argentina, existen sólo los egológicos y los anti-

¹⁵ Cossio con relación a lo señalado, dijo: "...no basta la afirmación unilateral del jurista de que él hace teoría y de que, por su radicación científica, está neutralizado respecto de las fuerzas que luchan por el poder social, para tener por cierto que esa neutralidad existe. Por el contrario, se puede hacer patente que no sólo el legislador, sino que también los jueces y los juristas se pronuncian, en sus sentencias y en sus libros, todos los días, por las derechas o las izquierdas en unos casos, por el totalitarismo y la democracia en otros casos". COSSIO, Carlos, "La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época", Buenos Aires, La Ley, T. 108, 1962, p. 1088.

egológicos, sin un territorio intermedio para un campo neutral, por su indiferencia....¹⁶

Aquí vemos que es Carlos Cossio desde Latinoamérica quien se posiciona como un filósofo con ideas propias y con la convicción de que su teoría pertenece al ámbito universal y en él y desde ese universalismo filosófico debe ser discutida y evaluada y por otro lado es quien mejor ha entendido a Hans Kelsen, porque ha advertido que el positivismo era sólo lógica jurídica formal que respondía ideológicamente a los centros de poder mundial. En este sentido enfatizaba Cossio sobre el positivismo:

“era la ideología jurídica del capitalismo que sostenía que el juez debe esperar una reforma legislativa cada vez que el entendimiento societario comprometa el mantenimiento del *statu quo* que llega del pasado. En este mismo propósito coinciden, tanto la idea de que el juez frente a la ley tiene un papel mecánico y pasivo, como la de que las leyes tienen en sí mismas un contenido autosuficiente para una semejante actuación judicial. Siguiendo este hilo conductor y en la medida en que se teorizare al margen de los datos ontológicos, se puede percibir la ideología capitalista en la variante con que se presentare, en cualquier sentencia, en cualquier código, en cualquier tratadista, en cualquier escuela. No es que no quepa verla también en el legislador y en el constituyente; pero se la ve mucho mejor con su técnica de ocultamiento en el nivel del juez, porque aquí culmina su pretensión científica, al situarse en el juez el canon del sujeto cognoscente. Por esto mismo, cada error metodológico que el analista encuentre, es también una advertencia para examinarlo por el reverso, en cuanto que algún interés ideológico podría estar promoviéndolo o aprovechándolo en la coyuntura.”¹⁷

¹⁶ LÉRTORA MENDOZA, Celina A., Op. Cit.

¹⁷ COSSIO, Carlos, *Ideología y Derecho*, Buenos Aries, 1962, pp. 131-132

6. El rasgo comunitario del derecho para la egología.

Para Cossio, el sujeto de creación del derecho es el individuo en despliegue de su conducta humana en libertad con relación a otros que le impiden o no realizar su acción, en consecuencia, se nos presenta un derecho que elimina todo rasgo de creación jurídica de escritorio que conciben al derecho como norma y de magistrados que reproducen esa perspectiva cuando al resolver un entuerto dejan de lado las conductas de partes en interferencia intersubjetiva, y fallan como si se trataría de un mero dialogo de instrumentos legislativos.

La naturaleza humana, para la egología, no se plantea en un marco estrictamente antropológico, sino que debe rastrearse en la ontología -teoría de los objetos- que sirve de soporte a su concepción del derecho, fundado a su vez en una concepción de la acción humana que lleva implícita (aunque no tematizada en forma autónoma) una antropología filosófica. Como presupuesto de esta elaboración acerca de la conducta humana jurídica, Cossio plantea una teoría de los objetos de índole fenomenológica, inspirada en Husserl.

El derecho, desde el punto de vista egológico viene a ofrecernos una alternativa que entienda al hombre en su conducta, pero también que lo sitúe en su conducta con otros, en el carácter intersubjetivo del ser humano. ¿La esencia del derecho qué es? La existencia en estado puro. ¿Por qué esto sería propio del derecho? Porque en mi “poder ser propio”, en mi poder ser yo mismo libre, tengo como límite la interferencia del otro. Mi poder ser propio, ser libre en mi existencia, no es puro, no es ilimitado, sino que siempre está delimitado por el poder ser del otro.

Lo que piensa el Derecho, lo que piensa la ley es esa intersección, esa intersubjetividad en la cual yo me despliego como libertad pero que, al mismo tiempo, en el mismo momento que yo me despliego como libertad hay otro que

me dice no, acá hay un freno. Y precisamente en esa fisura, en esa tensión irresoluble en un punto, es donde el derecho encuentra la espina de su esencia, en ese “poder ser” interferido o no, digamos en eso que Cossio denomina “la auténtica alteridad jurídica”, en que tengo impedimentos y también tengo permisiones, en que puedo ser pero que también estoy delimitado por el otro. Entonces, la teoría egológica piensa ese poder ser propio desde órganos conductuales porque el derecho es bilateral y lo que se reconoce en él es la existencia pero fundamentalmente: la (co)existencia.¹⁸

No es un existir puro, libre en el tiempo, sino que es (co)existir y por lo tanto lo propio del derecho es la comunidad porque es coexistir, es todo existir.

Desde el punto de vista de la fundamentación de su esencia encuentra su plan de despliegue en la comunidad y se reconoce como despliegue histórico desde ese punto de vista.

Entonces, lo que es el derecho -y esto lo retoma de Husserl-, es un “ir a los hechos mismos”, un “meterse en la facticidad”, seno central del conocer la norma porque la norma siempre es introspectiva, es la norma pensándose a sí misma y en ese debate con Kelsen él dice ¡no!, la norma no puede pensarse a sí misma, si quiere tener efectividad histórica tiene que pensar los hechos históricos. Pero no los hechos históricos abstractos sino los hechos de la existencia humana. Y tampoco el existir solo, sino el (co)existir, el propio Derecho solo adquiere su fundamento en el plano del (co)existir.

Para darle mayor rigurosidad a su ingeniería egológica y a esta idea de (co)existencia comunitaria, Carlos Cossio desarrolla una axiología jurídica constituida en torno a siete valores fundantes: orden, paz, solidaridad, cooperación y justicia. Ahora bien, *los que son estrictamente comunitarios por su esencia son dos: solidaridad y cooperación*. Cossio dice que el problema de la

¹⁸ Específicamente indicaría: “La vida jurídica también consiste en irnos instalando en sucesivas situaciones, aunque, claro está, no se trata de situaciones individuales sino colectivas.” COSSIO, Carlos, “Teoría y práctica del derecho” en PAITA, Jorge A. (comp.), *Argentina 1930 – 1960*, Buenos Aires, Sur, 1961, p. 259

justicia no es el problema de la igualdad porque la igualdad es algo abstracto, cerrado sobre sí y lo que piensa el derecho es la existencia viva.

La vida viviente del Derecho es la vida viviente de cada uno de nosotros. Entonces, no se puede pensar la justicia desde un término abstracto, desde el término de la igualdad, sino que se tiene que pensar la justicia desde la “perpetua creación de igualaciones”. Es decir, para que el derecho sea vivo no puede pensar la igualdad abstracta, sino que tiene que ser pensado como una creativa y permanente sucesión de igualaciones permanentemente sostenidas en el aspecto temporal.

Siguiendo en clave comunitaria Cossio introduce en sus teorizaciones la categoría de “hombre masa” que es menester traer a colación a fin de evitar equívocos o discordancias. Cabe destacar que no hace referencia a un sector socio-económico ni a una clase o estrato social, es entendida como una manera de instalarse en el mundo de la vida, y esto no en forma general, sino más bien parcial y circunstanciadamente. Textualmente Cossio señaló:

El hombre masa es una modalidad vital que se define por la actitud que toma el individuo para con su propio mundo; por eso transparece más vale como una mentalidad o psicología (...) una misma persona contiene varias estratificaciones según el ámbito de valor en que se encuentre proyectada; puede ser masa para un determinado deporte o la pintura, opinión pública para la política o la poesía, opinión técnica para la medicina o la arquitectura y acaso creador en alguna de ellas.¹⁹

Por eso los nexos societarios son tan complejos y tan fluidos. Señala incluso que no existe ningún individuo que no sea masa (es decir, que no se

¹⁹ COSSIO, Carlos, *La opinión pública. I. Esencia. II. El periodismo. III El cine, la radio y la televisión*; 3ª ed. Buenos Aires, Losada, 1958, 4ª ed. Buenos Aires, Paidós, 1974, p.139.

comporte como masa) en un determinado aspecto, y esto es algo importante para la comprensión del proceso democrático.

Aplicando estas ideas a la política en concreto, señala Cossio que todos ellos existen y no pueden faltar en la vida democrática. Pero Cossio no fundamenta aspectos claves de la democracia como el voto universal en un igualitarismo puramente numérico; para él, a la inversa, es el igualitarismo el que se fundamenta en el hecho de una general sensibilidad de masa y en su efecto constitutivo de la mismidad del grupo social como hecho en bruto. La mismidad de un grupo social como hecho radica en lo que sus componentes tienen en común.²⁰

7. Elementos egológicos para pensar la formación de los operadores del derecho.

Podemos observar que, en la pedagogía universitaria, en general el alumno está preparado anímica e intelectualmente para encontrarse con conceptos, definiciones, proposiciones y razonamientos lógicos. Y a lo largo de su carrera, ello encuentra confirmación en estudios de las normas y teorías sobre las normas. Cinco o Seis años de enseñanza conceptual de objetos conceptuales preparan para la abstracción, la generalización y la deducción.

A *contrario sensu*, la teoría egológica, acerca al profesional, al estudiante y al científico del Derecho a la realidad cotidiana de los Tribunales, no un estudio aséptico de la norma jurídica, sino el estudio e investigación comprometida sobre “conductas humanas”, que resulta ser así el verdadero objeto de la ciencia que estudian. La Teoría Egológica permite discurrir sobre sujetos concretos y no sobre idealizaciones normativas.

²⁰ Ibidem

Cossio advertía claramente que esta dicotomía entre la enseñanza formalista y la realidad, favorecía un vaciamiento gnoseológico del alumno, que, a su vez desde lo ideológico, era funcional para orientaciones políticas vinculadas más a lo procedimental -como sostenía Kelsen- que, a la dinámica propia del juego político, que es más que procedimiento ritual. Para Cossio la Facultad de Derecho debía formar juristas que debían cumplir una “función social”. Por ello sostenía que “...el fracaso profesional como un total divorcio entre lo que una Facultad de Derecho enseña y lo que exige la práctica de los Tribunales, es un secreto a gritos en nuestro país. Es un hecho catastrófico que el flamante abogado compruebe de golpe cuanta hojarasca había en todo lo que se le enseñó y que su primera tarea sea la de olvidarse para siempre de la mayor parte de la enseñanza”.²¹

Se observa que la egología produce una ruptura con el pensamiento y el saber tradicional, asociado a criterios marcadamente positivistas, como también crítica las posiciones iusnaturalistas y los postulados analíticos que privilegian el derecho de un modo lógico, algebraico y formal. Con un sentido fenomenológico-existencial, toda la problemática de la educación jurídica ingresa a parámetros críticos como un modo de resquebrajar la hegemonía educativa impuesta por el positivismo.

La egología abre un camino que nunca termina, es crítica, original, periférica y denuncia las falsificaciones de las ideologías jurídicas que hoy hegemonizan los programas de estudio, los despachos judiciales y las Cámaras Legislativas, es por esas razones que es absolutamente perturbadora.

8. Conclusiones.

La teoría egológica de Carlos Cossio es motivo de legítimo orgullo para el pensamiento latinoamericano porque con ella nos insertamos en el mundo

²¹ COSSIO, Carlos, op. cit., p. 264

académico internacional siendo portadores de un pensamiento original que supera los obstáculos y las limitaciones de las antinomias en que se debaten las diversas formas del idealismo y del realismo jurídico. Ella constituye también una filosofía latinoamericana auténtica generada a partir de la reflexión filosófica sobre la ciencia jurídica.

Constituyéndose en un parteaguas de los debates de su momento, la egología construye su identidad cuando desentraña las ideologías jurídicas de los sistemas centrales, en cuanto ellas representan fuerzas e instrumentos de dominación. Es en esa tarea de diferenciación, lo que llevó a Cossio a la construcción de una ciencia de la filosofía del derecho propia. Su audacia al no subordinarse a los debates y categorías de moda, ni a sus premisas tácitas lo condujo al aislamiento del sistema meritocrático científico y académico, lo cual lo hace más meritorio aún y lo coloca como uno de los más notables y originales iusfilósofos y juristas argentinos y hasta me atrevería a decir latinoamericanos, del siglo XX.

En 1947 la Comisión Nacional de Cultura del Gobierno argentino, le otorgó el Primer Premio Nacional de Ciencias Sociales, Políticas y Jurídicas por su libro “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”. Al recibirlo, Cossio declaró:

La teoría egológica fue el descubrimiento de un nuevo punto de vista analítico para investigar, para enseñar y para aplicar el Derecho. Nos vino a decir que el Derecho está en el hombre de carne y hueso; en ese hombre cuya grandeza consiste en saber soñar en medio de sus sufrimientos. Nos vino a recordar que los comentarios de los juristas y las sentencias de los jueces, tiene que saber hablar de la justicia con las fórmulas de la ley, porque sin ese contenido humano y vivientes que

llamamos justicia, sus palabras carecen de raigambre sociológica y existencial.²²

Carlos Cossio responde a la pregunta sobre si existe una Filosofía del Derecho Latinoamericana, es decir, una filosofía que reconozca nuestras particularidades mestizas (hispanicas, portuguesas, indígenas y africanas). Señalaba en este sentido:

El requisito primordial para poder hablar de una filosofía del derecho latinoamericana es que en esta área geográfica se haya 'estrenado' por lo menos un planteamiento nuevo de absoluta 'universalidad' filosófica sobre algo 'fundamental' concerniente al derecho. La filosofía del derecho latinoamericana no está en las ideas foráneas, universales o no, que fueren aceptadas en esta área por sus filósofos y juristas, sino, al revés, en las ideas vernáculas de esta área, universales o no, que fuesen acogidas en otras áreas con este epíteto denominativo: 'latinoamericanas'. Aunque va de suyo que si tales ideas carecieran de universalidad filosófica, hay muy poca razón para que lleguen a otras áreas y sean acogidas por los estudiosos para integrarse con ellas.²³

A juicio de Lois Estévez:

Cossio ha logrado, pues, la constitución de una gran escuela jurídica hispana. El fenómeno no es corriente para nosotros. Es preciso

²² COSSIO, Carlos, "Discurso del Doctor Carlos Cossio", en Comisión Nacional de Cultura, Distribución pública de premios y becas, Buenos Aires, 1947, pp. 29-30

²³ COSSIO, Carlos, "La filosofía latinoamericana", en Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), volumen VI, UNAM, México, 1982, pp. 186-188.

reconocer que, con posterioridad al Siglo de Oro, no se ha producido hasta este instante (...) Cabalmente por esto, la teoría egológica significará en la cultura jurídica hispana un verdadero acontecimiento.²⁴

Otro español, Quintano Ripollés, calificó a la teoría egológica de Cossio de "máxima versión jurídica hispánica de la filosofía existencial".²⁵

Las palabras de Cossio, pronunciadas en el X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR) nos interpelan con patente actualidad:

Acaso algún congreso dé su oportunidad a los filósofos latinoamericanos de la filosofía general para redimirse y romper el embotellamiento que nos impide presentarnos en el foro de los filósofos occidentales con nuestro nombre regional. Si ésta fuere una oportunidad para eso, aprovechémosla (...). Pero tengamos presente que si conseguimos ganar su nombre regional para la filosofía que hacemos entre todos, sea en el orden general, sea en los órdenes especiales, habremos ganado nuestra personalidad filosófica 'dentro de la historia social de Occidente'. El nombre, el mero nombre, acredita un acto de instauración en la medida en que en él se contenga un juicio de existencia".²⁶



²⁴ LOIS ESTÉVEZ, José, reseña "COSSIO: 'La coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en el Derecho'", en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 4, Madrid, 1948, pp. 1467-1468.

²⁵ QUINTANO RIPOLLES, Antonio, reseña "COSSIO, Carlos. "El principio nullapaena sine lege en la axiología egológica", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nº 3, Madrid, 1952, p. 511.

²⁶ COSSIO, Carlos, Op. Cit., p. 200.

LA COMPETENCIA MATERIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

DOCTRINA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

*Sergio Díaz**

1. Introducción

La determinación de la competencia al momento de interponer la demanda de materia administrativa tiene consecuencias trascendentes que van más allá del plano meramente teórico o doctrinario.

En efecto, esa determinación no solo ha de incidir en la pérdida de tiempo que implica que la causa recorra distintos juzgados de distintos fueros, sino también por las consecuencias procesales y sustanciales.

Ello es así pues las reglas procesales aplicables exigen el cumplimiento de particulares requisitos para la admisibilidad de la demanda y la consecuente habilitación de la instancia contencioso-administrativa.

Desde la perspectiva sustancial, la cuestión litigiosa debe ser resuelta mediante la aplicación de las normas y principios jurídicos del derecho público administrativo y no del derecho privado. Resulta ilustrativa la opinión de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, quien, con cita de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiere que las dilaciones excesivas motivadas por razones de competencia violan sustancialmente el derecho de defensa en juicio.¹

* Secretario de la Sala de Demandas Originarias del Superior Tribunal de La Pampa (Sala C)

Por ello, atento la importancia del alcance de la competencia material del fuero contencioso administrativo, este breve trabajo procura reflejar las soluciones que el Superior Tribunal ha dado a los conflictos en torno a su competencia administrativa.

2. Marco legal.

En el ámbito de la Provincia de La Pampa la revisión judicial de los actos administrativos está sometida a la competencia del Superior Tribunal.

Así, la Constitución provincial, sentando las bases de la jurisdicción contencioso-administrativa, entre otras atribuciones, establece que el Superior Tribunal conocerá en instancia originaria y exclusiva los casos contencioso-administrativos, previa denegación o retardo de la autoridad competente (art. 97, inc. 2, apart. d).

El criterio adoptado por el constituyente provincial fue el de limitarse a establecer el órgano jurisdiccional competente sin definir el concepto de *materia contencioso-administrativa*, ocupándose de ello el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA, njf 952/79).

La ley procesal contiene un sistema de enumeración no taxativa de los casos incluidos, esto es, como una pauta orientativa y ello es así pues en su artículo 2 dispone que “la acción contencioso-administrativa procederá, entre otros supuestos que se mencionan a título aclaratorio”.

Seguidamente, en su artículo 3, de modo taxativo, establece aquellos casos excluidos de la competencia contencioso-administrativa.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Procesal Administrativa, en cuanto dispone que toda actuación del Poder Ejecutivo se presume de tipo

¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, A (2007), *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, Buenos Aires: La Ley.

La competencia material en el contencioso administrativo del STJLP

administrativo, salvo que, de ella, o de sus antecedentes, surja de que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado, permite entender que la competencia contencioso-administrativa no se define ni queda determinada por el solo hecho de que la cuestión litigiosa haya tenido su origen en el actuar de la Administración.

Así, pueden señalarse situaciones o actos jurídicos que tienen su nacimiento en el obrar de la Administración, pero para su conocimiento y decisión, el legislador ha asignado la competencia a un juez no especialista en Derecho Administrativo.

Solo a título ilustrativo, pueden mencionarse los casos de expropiación (arts. 24 y 25, Ley de Expropiaciones, NJF 908/79)² o de amparo judicial contra actos, omisiones o amenazas de la autoridad (ley 703), en los que se dispone la competencia del juez de primera instancia a pesar de tratarse de actos netamente administrativos.³

3. Criterios adoptados.

Son numerosas las divergencias que se han ido presentando en cuestiones de competencia de distintos fueros –esto es, laboral, civil, ejecuciones y quiebras– con la jurisdicción administrativa.

² La acción judicial de expropiación tramitará por las normas del juicio sumario con las modificaciones establecidas en esa ley, no estará sujeto al fuero de atracción de los juicios universales, y que tratándose de inmuebles será competente el juez de primera instancia del lugar donde se encuentre el bien. En el caso de bienes que no sean inmuebles será competente el juez de primera instancia del lugar donde se encuentren éstos o el del domicilio del demandado, a elección del actor (arts. 24 y 25, Ley de Expropiaciones, NJF 908/79)

³ Es competente para entender en el amparo el juez de primera instancia del lugar donde se hubieren verificado los actos, omisiones o amenazas; el del domicilio del funcionario responsable o el del lugar donde se produjeren o pueden producirse los efectos lesivos, a elección del actor (art. 2, Ley de Amparo, ley 703).

A partir de ello, el Superior Tribunal ha procurado fijar pautas para su determinación, siendo el único órgano jurisdiccional habilitado por la ley procesal sin instancia de revisión (art. 8, CPCA).

En referencia a esto último, cabe recordar que en la causa “Lagos” el Tribunal dejó sentado que:

“el principio de economía procesal sugiere que el juez al cual se somete la cuestión de competencia por razón de la materia contencioso administrativa no debe pronunciarse sobre ésta, sino que corresponde disponer la elevación a conocimiento directo del Superior Tribunal, único habilitado para resolver –sin ajustarse a procedimiento alguno de apelación ni intervención de otros tribunales de alzada– evitando, de tal modo, dilaciones innecesarias”.⁴

3.1 Acto administrativo de alcance general

En un caso en el que se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de un decreto que reglamentaba el régimen de atención en consultorios externos por vía de una acción de amparo, el Superior Tribunal declaró su incompetencia al considerar que la demanda estaba dirigida a impugnar exclusivamente un acto de alcance general, acto que no es susceptible de ser impugnado “directamente” mediante la vía contencioso-administrativa (art. 15, inc. a y b, CPCA).

Precisó el Tribunal que “la competencia que el texto constitucional asigna es respecto de ‘actos administrativos’ que (...) requieren la previa

⁴ STJLaPampa, sala B, “LAGOS”, 20/12/2001

denegación o retardo de la autoridad competente, de acuerdo con la forma y plazo determinado por la ley”.⁵

Congruente con el mandato constitucional, el Código Procesal Contencioso Administrativo dispone que, frente a un acto de alcance general, el interesado debe formular el reclamo correspondiente y obtener un resultado adverso, o sea, agotada sin éxito las instancias administrativas, podrá recurrir a la vía contencioso-administrativa y plantear, conjuntamente, cuestiones constitucionales conducentes a la acertada decisión del caso (arts. 15 y 16, CPCA).

3.2 Amparo

En materia de amparo, la cuestión ha generado diversos debates que el Tribunal ha procurado resolver en la causa “Juanel”.

En efecto, cabe recordar que el Superior Tribunal declaraba su incompetencia toda vez que el amparo judicial tiene su propia regulación que establece que en todos los casos que se reclame contra actos, omisiones o amenazas de autoridad pública que, arbitraria o ilegalmente, restrinjan, lesionen o alteren, de cualquier manera, el ejercicio de los derechos que, explícita o implícitamente, reconocen a los habitantes las Constituciones nacional y provincial, será competente el juez de primera instancia del lugar donde se hubieren verificado los actos, omisiones o amenazas; el del domicilio del funcionario responsable o el del lugar donde se produjeren o

⁵ STJLaPampa, sala B, “DE MARTINI”, 29/9/2010

pueden producirse los efectos lesivos, a elección del actor (ley 703, Ley de Amparo), sin importar la materia de que se trate.⁶

Al mandato legal, el Tribunal agregaba que asumir la competencia en una acción de amparo porque la materia es contencioso administrativo implicaría desnaturalizar la finalidad procesal de ese instituto, dado que por su propia constitución el Superior Tribunal no podría dar respuesta en los términos procesales que la ley dispone.⁷

Sin embargo, recientemente, el Tribunal ha considerado la necesidad de evaluar la naturaleza de la pretensión y la vía procesal elegidas y si están reunidas las condiciones de admisibilidad.

En la causa “Juanel” el actor promovió una acción de amparo judicial procurando la revisión judicial de una resolución general del fisco provincial.⁸

El Tribunal declaró su competencia para entender en la causa al considerar que el código procesal otorga a todo magistrado facultades para apreciar la idoneidad de la vía procesal elegida por el litigante y para la reconducción del proceso hacia la vía más idónea.

Así, expresó que la disposición del artículo 2 de la ley 703, en cuanto establece la competencia del juez de primera instancia sin importar la materia de que se trate, resulta aplicable en la medida en que la pretensión procesal reúna las condiciones de admisibilidad del amparo judicial y que “admitir la vía del amparo ante situaciones que no reúnen los presupuestos procesales para su admisibilidad, implicaría desnaturalizar su finalidad y alteraría el trámite normal y habitual de la vía procesal contencioso administrativa”.

⁶ STJLaPampa, sala C, “FRIFRINI”, 8/7/2015

⁷ STJLaPampa, sala C, “META”, 25/7/2015

⁸ STJLaPampa, sala C, “Juanel”, 22/5/2018

La competencia material en el contencioso administrativo del STJLP

De este modo, estableció un nuevo criterio para determinar la competencia en materia de amparo judicial contra actos administrativos dictados por la autoridad en ejercicio de la función administrativa

En conclusión, pretensiones de esa naturaleza deberán ser consideradas para tramitar por la vía ordinaria del proceso contencioso administrativo –disponiendo el juez, de ser necesario, la reconducción de la postulación– y solo de modo excepcional acudir a la vía del amparo ante situaciones extremas que la acción contenciosa administrativa no pueda garantizar, situaciones que el interesado deberá, *prima facie*, alegar y acreditar.

3.3 Competencia laboral

En un caso judicial, la parte actora, en el marco de la Ley de Paritarias, planteó un recurso de apelación contra una resolución de la Subsecretaría de Trabajo, por la que se desestimó la medida de acción directa resuelta por el Sindicato de Trabajadores de la Salud Pampeana porque, según entendió, se tornaba ilegítima e ilegal por no ajustarse a los procedimientos previstos por la ley 2702.⁹

La referida ley, que propicia la regulación de las negociaciones paritarias en el ámbito de la administración pública provincial, establece que la Subsecretaría de Trabajo de la provincia de La Pampa es la autoridad administrativa de aplicación de los temas sometidos a negociación paritaria en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites y en los supuestos que se especifican en la ley y que sus decisiones son la última instancia

⁹ STJLaPampa, sala C, “SINDICATO de TRABAJADORES de la SALUD PAMPEANA”, 1/3/2016

administrativa, apelables ante el Juzgado de Primera Instancia competente en materia laboral (art. 16, ley 2702).

En el caso, el Superior Tribunal declaró su incompetencia, pues consideró que en la medida que exista una ley sobre la determinación de la competencia, el juez está obligado por la regla formulada por el legislador.

3.4 Empleo público

En materia de empleo público, la doctrina del Superior Tribunal ha hecho distinción según la naturaleza del reclamo y del contrato que une al empleado con la Administración y con ello procura establecer una pauta que permita esclarecer, rápidamente, qué fuero es el competente.

En la causa “Abona”, los actores, dependientes de la Dirección Provincial de Vialidad, reclamaban el pago de diferencias salariales fundadas en el régimen de las Convenciones Colectivas de Trabajo y motivadas en rubros que su empleadora había calificado de no remunerativos y no bonificables con asignación presupuestaria específica, los que debían ser considerados como remunerativos y bonificables.¹⁰

El Superior Tribunal, determinó que la competencia para dirimir la cuestión sustancial era contenciosa-administrativa, con base en la naturaleza del vínculo jurídico que unía a los reclamantes con el ente autárquico, esto es, un contrato de empleo público.

Así, especificó que siendo el objeto de la pretensión la asignación del carácter remunerativo y bonificable de determinados rubros que integraban el sueldo no podía escindirse del contrato de empleo público.

En la causa “Bazán”, la actora justificaba la competencia del juzgado laboral –y, consecuentemente, se oponía al fuero contencioso-

¹⁰ STJLaPampa, sala B, “ABONA”, 30/11/2011.

La competencia material en el contencioso administrativo del STJLP

administrativo– porque pretendía el pago de distintos rubros de naturaleza laboral y, para ello, resultaban aplicables las normas del derecho privado, concretamente, la ley de contrato de trabajo.¹¹

Con base en la regla contenida en el Código Procesal Civil y Comercial en cuanto que la competencia debe quedar determinada por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda, el Superior Tribunal, para asumir la competencia, consideró, por un lado, la naturaleza temporaria de la contratación y por el otro, la realización de funciones propias de la administración pública (art. 5, CPCC).

Así, valoró que la actora había sido contratada bajo la modalidad del “Plan Jefas y Jefes de Hogar” y que la municipalidad empleadora prescindió de los servicios mediante un acto administrativo fundado en el régimen del personal público de naturaleza transitoria (arts. 3 y 4, ley 643).

A su vez, destacó el cumplimiento de funciones propias de la administración.

Ambos elementos –funciones propias de la administración pública y la determinada y singular forma de contratación– resultaron los presupuestos para considerar que la relación laboral encuadraba en el derecho público y, consecuentemente, de competencia contencioso-administrativa.

En “Palavecino”, la actora, quien se había desempeñado como personal de maestranza, desde el año 2007, y que, a partir de 2009, el Concejo Deliberante la contrató bajo la modalidad de locación de servicios, pretendía su reincorporación como agente de la administración pública municipal.¹²

¹¹ STJLaPampa, sala B, “BAZÁN”, 12/8/2013.

¹² STJLaPampa, sala C, “PALAVECINO”, 6/4/2016

El Superior Tribunal declaró su competencia a partir de la naturaleza de la relación de empleo público que el municipio demandado había reconocido por acto administrativo al considerar que la actora había cumplido tareas en dependencia del concejo deliberante.

En la causa “Luque”, el actor reclamaba el pago de rubros de naturaleza laboral –diferencias salariales, asignaciones, indemnización por despido injustificado, preaviso, sueldo anual complementario, vacaciones e indemnizaciones especiales establecidas en los artículos 8 y 15 de la ley 24013, artículo 2 de la ley 25323 y artículo 45 de la ley 25345–, emergentes de una relación laboral no registrada.¹³

En este caso, el Superior Tribunal declaró su incompetencia ante la ausencia de elementos que permitieran inferir la existencia de una relación de empleo público.

Para ello, consideró las dos categorías de trabajadores contratados por la Administración pública: (i) los que se encuentran vinculados laboralmente con derechos y obligaciones predeterminados, con categorías y encuadre presupuestario, cuya relación se encuentra regida por el Derecho Administrativo, como empleados públicos que son; y (ii) aquellos otros que son contratados por la Administración para determinadas funciones, no incluidos en el presupuesto y que no pueden ser considerados empleados públicos por la sola circunstancia de que una de las partes contratantes sea el Estado.

El Tribunal consideró como circunstancias relevantes para rechazar la naturaleza contencioso-administrativa que el juez *a quo* había adjudicado a la cuestión, los hechos expuestos por el actor en su escrito de demanda al reconocer que su relación de trabajo no estaba registrada y que había estado afectado a la prestación de servicios generales (limpieza y mantenimiento de calles, terrenos y plazas; cuidado, orden y

¹³ STJLaPampa, sala C, “LUQUE”, 21/4/2015.

La competencia material en el contencioso administrativo del STJLP

mantenimiento del basurero municipal) bajo la promesa de que en un futuro sería incluido en la nómina del personal de la planta permanente del municipio demandado.

A partir de los precedentes del Superior Tribunal, puede señalarse que no toda cuestión o conflicto que se suscite en torno a una relación de empleo público es atribuible a la competencia contencioso-administrativa.

Así, y a modo de resumen, el Tribunal ha considerado de su competencia las causas referidas a reclamos que no pueden escindirse del contrato de empleo público: (i) los reclamos de rubros salariales con asignación presupuestaria; (ii) la realización de funciones propias de la administración; (iii) la emisión de un acto administrativo con directa vinculación con la relación de empleo.

Este criterio tiene su base normativa en el artículo 2, inciso h, última parte, del Código Procesal Contencioso Administrativo que establece que la acción contencioso-administrativa procederá en todo lo relacionado con el contrato de función o empleo públicos.

Consecuentemente, ha considerado excluida de su competencia el reclamo laboral sin ningún elemento que permita inferir una relación de empleo público o el personal contratado sin asignación presupuestaria. Reclamos que, necesariamente, deberán ser resueltos con aplicación de las normas de derecho privado o del trabajo (art. 3, inc. ñ, CPCA).

3.5 Ente público no estatal

El Superior Tribunal ha resuelto que es de su competencia aquella causa en la que debe juzgarse la validez o invalidez de un acto administrativo emitido por un ente público no estatal en la medida que esté directamente vinculada con una función administrativa propia del Estado.

En el caso, la cuestión radicaba en la pretensión de revisión judicial de una sanción disciplinaria impuesta a uno de sus matriculados por el Tribunal de Ética y Disciplina y ratificada por la Asamblea del colegio profesional.

Al respecto, el Tribunal consideró que “los colegios profesionales, que por ley ejercen el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario, si bien no integran la estructura estatal, revisten el carácter de entidades públicas puesto que los objetivos que legalmente el Estado les ha asignado comprometen y persiguen fines de interés público”.¹⁴

También consideró que el acto sancionatorio reviste el carácter de acto administrativo, por tratarse del ejercicio de una función administrativa delegada normativamente por el Estado.

El mismo Tribunal estableció una limitación para la revisión judicial por la vía del contencioso administrativo al dejar sentado que su intervención solo correspondía a situaciones en que el ente no estatal actúa en la órbita de las competencias delegadas por el Estado, esto es, en ejercicio de la función administrativa –gobierno de la matrícula y control del correcto ejercicio de la profesión–, y cuando una ley no disponga una atribución de competencia distinta.

Esto último tiene su razón de ser en que quedan excluidas cuando el legislador ha establecido remedios impugnatorios ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, como es el caso del Colegio de Abogados cuya ley reglamentaria del ejercicio profesional dispone que contra las sanciones aplicadas por el Tribunal de Ética y Disciplina podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería (art. 38, decreto ley 3/62, Creación del Colegio de Abogados y Procuradores).

¹⁴ STJLaPampa, sala C, “MANTEROLA”, 28/10/2016

3.6 Ejecución de honorarios profesionales

En una causa en la que el actor promovió ante el Juzgado de Ejecución, Concursos y Quiebras la ejecución de sus honorarios regulados judicialmente, la jueza declaró su incompetencia material considerando que se trataba de una ejecución de sentencia dictada por el Superior Tribunal en la órbita de su competencia originaria y exclusiva, y que era ese mismo Tribunal el órgano jurisdiccional el que debía entender.¹⁵

El Superior Tribunal ratificó su vieja doctrina de que es materia ajena a su competencia la ejecución de honorarios regulados en las sentencias dictadas por el mismo Superior Tribunal.¹⁶

Para ratificar esa doctrina, precisó que su actuación como órgano jurisdiccional es extraordinaria, que se requiere una atribución legislativa expresa y que los supuestos en que procede su competencia deben ser interpretados con criterio riguroso.

Así, concluyó que la ejecución de los honorarios profesionales regulados en una sentencia por él dictada es ajena a su competencia, pues los casos asignados a su conocimiento están delimitados, por un lado, a las características objetivas del caso, esto es, a la impugnación de la legitimidad de los actos, actuaciones o contratos administrativos– y, por el otro, a las características subjetivas, es decir, atendiendo a la naturaleza de los litigantes, que en el caso, la parte condenada al pago de los honorarios era un particular y no el Estado.

¹⁵ STJLaPampa, sala C, “TORTA”, 28/12/2017

¹⁶ STJLaPampa, sala A, “BANCO RÍO DE LA PLATA”, 27/3/2001

3.7 Defensa del Consumidor

La jurisprudencia del Superior Tribunal sostiene que quedan fuera de su competencia contencioso-administrativa los casos vinculados con la Ley de Defensa del Consumidor.

En un caso en que la Dirección de Comercio Interior y Exterior, órgano de aplicación en el ámbito provincial de la Ley de Defensa del Consumidor (decreto 1898/96), previamente verificar la infracción del deber de información (art. 4) y de las modalidades de prestación del servicio (art. 19) de la Ley de Defensa del Consumidor, aplicó a una empresa de telefonía móvil una sanción de multa.¹⁷

Dos fueron las líneas de razonamiento del Superior Tribunal para considerar que la sanción impuesta con fundamento en la Ley de Defensa del Consumidor no constituye materia contencioso-administrativa que habilite la acción de la misma naturaleza.

Por un lado, que la jurisdicción originaria está circunscripta a los supuestos enumerados en la Constitución provincial, lo que impide que pueda ser ampliada, restringida o modificada, inclusive mediante normas legales, que en cualquier caso serían de jerarquía inferior a la Constitución.

Por el otro, destacó que la misma ley nacional establece que los actos administrativos que dispongan sanciones únicamente serán impugnables mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, o ante las Cámaras de Apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda.

Así, concluyó que los actos administrativos dictados por autoridades provinciales que impongan sanciones en el marco de la LDC

¹⁷ STJLaPampa, sala C, “TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA SA”, 16/12/2016

La competencia material en el contencioso administrativo del STJLP

deben ser impugnados en la forma prevista en su artículo 45 y que es la Cámara de Apelaciones provincial el órgano jurisdiccional competente para entender en su resolución.

3.8 Daños y perjuicios

En materia de responsabilidad del Estado, el Superior Tribunal ha declarado su incompetencia con base en los alcances de la pretensión procesal.

En tal sentido, ha precisado que la controversia es ajena al campo del derecho público cuando la pretensión procesal no tiene por objeto la declaración de nulidad de ningún acto administrativo, sino la reparación integral de los daños y perjuicios derivados del obrar de la Administración –derecho subjetivo de exclusivo contenido patrimonial– y con fundamento en el derecho privado.¹⁸

La doctrina del Superior Tribunal es que no necesariamente la competencia material puede resolverse con criterio subjetivo –esto es, por la sola participación de algún ente administrativo en el hecho del que derive el daño– sino que debe considerarse qué normas jurídicas serán las que den solución a la cuestión litigiosa, pues ello ha de concretar una de las excepciones legales a la procedencia de la acción contencioso-administrativa.

Para ello, el Tribunal consideró que si existe aparente contradicción o confusión entre alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo con las del artículo 3, que especifica de modo taxativo qué causas no son de competencia del

¹⁸ STJLaPampa, sala C, “FUNES VILLAFANE”, 12/12/2017

Tribunal, habrá de estarse a lo dispuesto por estas últimas atento la especialidad que caracteriza al fuero.¹⁹

Esta doctrina está en línea con el razonamiento de autorizada opinión administrativista que ha precisado que cuando no se aplique derecho administrativo, aunque uno de los sujetos de la relación sea un ente público deberá acudir al orden judicial al que se atribuye el conocimiento de las pretensiones fundadas en el ordenamiento respectivo.²⁰

Respecto de la incidencia del Código Civil y Comercial (art. 1765), el Superior Tribunal ha dicho que su regulación no involucra ni modifica las competencias de los tribunales atribuidas constitucional y legalmente ni transforma la responsabilidad del Estado en una acción de naturaleza contencioso administrativa, sino que se vincula, concretamente, con las normas sustantivas que debe aplicar el juez para resolver un litigio en el cual el Estado es demandado como responsable de un daño, de evidente y exclusivo carácter patrimonial.²¹

3.9 Cobro de pesos

En una causa en la que el actor pretendía el cobro de los honorarios profesionales acordados mediante convenio con un ente municipal y que había tenido principio de ejecución, ya que se había abonado la primera de tres cuotas pactadas, el Superior Tribunal –voto de la mayoría– declaró su incompetencia.

¹⁹ STJLaPampa, sala A, “PROVINCIA DE LA PAMPA”, 8/4/2014

²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1988) *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot

²¹ STJLaPampa, sala C, “VARELA”, 24/05/2016; “IRAZABAL”, 24/6/2017

La competencia material en el contencioso administrativo del STJLP

Para así resolver, precisó que la competencia contencioso-administrativa no se define por el órgano actuante, sino por la índole del derecho que resulta lesionado y que uno de los requisitos para la existencia de una causa de competencia del fuero es que el supuesto de derecho cuya tutela se pretende se encuentre protegido por una norma jurídica de derecho administrativo y no por el derecho común.²²

4. La resolución que resuelve la cuestión de competencia

A modo de cierre, cabe hacer alguna referencia al contenido de la resolución que dicta el Superior Tribunal sobre la cuestión de competencia.

Como primera cuestión, esa resolución reviste el carácter de sentencia interlocutoria, en los términos del artículo 154 del Código Procesal Civil y Comercial.

Como segunda cuestión, son dos las derivaciones que puede tener la decisión del Tribunal.

Si declara su incompetencia dispone la devolución de la causa al juzgado de origen para que la causa continúe según las normas procesales del caso.

En cambio, si declara que la cuestión en debate es propia de su competencia, aplica por analogía, el artículo 336, inciso 1°, del Código Procesal Civil y Comercial y dispone la adecuación de la demanda al

²² STJLaPampa, sala C, “DE DURANA”, 7/3/2017, voto de la mayoría. El voto que integró la minoría consideró que era competencia contencioso administrativa con fundamento en la pretensión de cobro de honorarios había tenido su causa o motivo en prestaciones contratadas por el municipio para la realización de tareas propias de la administración.

proceso contencioso administrativo, carga procesal que debe cumplirse en el plazo de cinco días hábiles de notificada la parte interesada para poder seguir la tramitación ante el Tribunal (art. 27, CPCA).

A su vez, la resolución que resuelve la cuestión de competencia reviste el carácter de irrecurrible, conforme lo establece el artículo 8 del Código Procesal Contencioso Administrativo al disponer que la decisión causará ejecutoria.

Esta imposibilidad de recurrir la decisión del Superior Tribunal es absoluta en el ámbito provincial, no solo por lo dispuesto por el artículo 8, sino también dada la naturaleza de sentencia interlocutoria y de que no existe ningún órgano jurisdiccional por encima del Tribunal.

Respecto del recurso extraordinario federal tampoco sería admisible, pues ya sea que declare su competencia o incompetencia, la causa judicial ha de continuar su trámite y ello hace que no revista el carácter de sentencia definitiva, presupuesto ineludible para habilitar la instancia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14, ley 48).

Referente a las costas procesales, la resolución dictada por el Tribunal que dirime la cuestión de competencia, por regla, no contiene una condena en costas y ello, posiblemente, tenga su razón de ser porque la competencia material del Superior Tribunal es una cuestión de orden público, improrrogable, taxativa, limitada e indisponible para las partes que intervienen en el litigio (art. 5, CPCA).



DERECHO ANIMAL EN ARGENTINA.

ANÁLISIS DEL ART 41 DE LA CN Y DE LA LEY 14.346

*Cecilia Inés Domínguez**

1. Breve Introducción al Derecho Animal

Es irrefutable negar el cambio de paradigma que se está construyendo en cuanto al Derecho Animal. Así como hace más de 200 años se abolió la esclavitud, en su momento la misma fue permitida e incluso autorizada por la ley. Hace unos años atrás las personas de color reclamaban sus derechos, ya que los Derechos Humanos eran solo para el hombre terrateniente, blanco y europeo, e incluso las mujeres carecían de ellos, sin mencionar que no podían siquiera ejercer su derecho al voto.

El Derecho Animal constituye una nueva rama del derecho, siendo innegable su actual importancia. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires posee su propia cátedra de “Derecho Animal: Régimen Jurídico de los Animales”, de igual forma la Universidad Nacional del Sur y la Universidad Nacional de Córdoba.

El Derecho Animal constituye una estructura que aboga y considera los intereses que poseen los animales como sujetos de derechos, y la trascendencia de lo que ello conlleva. Es construido a través de los esfuerzos realizados por miles de abogados pioneros en dicha materia a través del ejercicio de la profesión respecto de los intereses de los animales no humanos.

* Abogada de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Delegada Interna de La Pampa de AFADA.ONG (Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales).

2. Análisis Normativo del Derecho Comparado.

A pesar de que aún nuestro Código Civil y Comercial no incorpora la figura de los animales como sujetos de derechos, dicha representación sí existe en diversos países del mundo.

Uno de ellos es Francia, que les otorga el reconocimiento jurídico civil a los animales como seres sintientes “seres vivos dotados de sensibilidad”, de acuerdo con la enmienda adoptada por la comisión de leyes de la Asamblea Nacional. La misma fue propuesta por los legisladores socialistas, reconociéndoles esta nueva característica a los animales considerados de compañía. Dicha modificación del Código Civil francés fue realizada debido a una petición lanzada hace ya unos años por una fundación una misión era la protección de los animales. Al igual que nosotros, el Código Penal francés, ya realizaba dicho reconocimiento en forma ya sea explícita o bien implícita – en nuestro país por la Ley 14.346 -.

A su vez, en España durante el año 2015 se realizó una fuerte reforma en su Código Penal ampliando el listado de animales protegidos. Ya no solamente se trata de animales de compañía, sino también la protección radica en animales que se encuentran habitualmente domesticados, animales que temporal o permanentemente viven bajo el control humano y cualquier animal que no viva en estado salvaje.

Su normativa penal comprende pena para los delitos de: a. maltrato grave por acción u omisión de los deberes que se tenga de cuidado, custodia, atención alimentaria, atención veterinaria, etc, b. maltrato menos grave por acción u omisión siendo éstos por ejemplo, de los deberes de custodia, cuidado, atención alimentaria y veterinaria, etc, c. delitos que refieran a explotación sexual de los animales, d. dejar animales sueltos y que estos puedan causar daño ya sea a un animal humano como no

humano (luego mencionaré de qué forma se puede aplicar dicho análisis en nuestro derecho).

A su vez, a fines del año pasado se ha debatido la proposición de ley del Partido Popular para reformar tres normas y que los animales dejen de ser considerados cosas elevándolos a la jerarquía de “seres sintientes”, sujetos de derechos, tanto por la ley civil como por la ley penal.

Otro cambio de paradigma se sitúa en Reino Unido, en la “Declaración de Cambridge de la conciencia” realizada el 7 de Julio del 2012, al realizarse un acabado estudio acerca sobre los sustratos neurológicos que poseen los animales. Stephen Hawking junto con un grupo de investigadores llegan a la conclusión de que “los animales no humanos, incluyendo todos los mamíferos y pájaros, y otras muchas criaturas, también poseen estos sustratos neurológicos” que generan conciencia, al igual que en el ser humano.¹ Citado en propias palabras de nuestro científico Stephen Hawking

Los animales cuentan con las estructuras nerviosas que producen la conciencia. Esto significa que estos animales sufren. Es una verdad incómoda: siempre era fácil decir que los animales no tienen conciencia. Ya no se puede decir que no lo sabíamos.²

A nivel internacional se encuentra la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, la misma, ha sido adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales afiliadas en la Tercera reunión sobre los derechos del animal, celebrada en Londres

¹ El Tribuno. 26 de agosto de 2012. Stephen Hawking dice que los animales tienen conciencia. <https://www.tribuno.com/ujuy/nota/2012-8-26-21-38-0-stephen-hawking-dice-que-los-animales-tienen-conciencia>

² Stephen Howking. *Declaración de la conciencia animal*. 7 de Julio de 2012.

del 21 al 23 de septiembre de 1977. Proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas que se asocian a ellas,³ y también proclamada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Pese a que los principios enumerados en esta Declaración, no poseen un carácter propiamente normativo o vinculante, son receptados por numerosas legislaciones a nivel mundial

Como así también, el postulado que se encuentra establecido en el artículo 14 de la declaración instituye que “los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, como lo son los derechos del hombre”, sentó una postura de auténtica defensa animal, dado que el animal humano se sigue atribuyendo el derecho de exterminio de las otras especies animales a fin del cumplimiento de sus propios intereses.

“La Declaración Universal de los Derechos de los animales, sólo sirve en la medida en que sean fundantes de sociedades donde esos derechos circulen no en un papel sino en la sangre de la gran mayoría de sus miembros, y donde las leyes los recepten para penar los casos excepcionales en que los mismos sean violados⁴”.

La Declaración contiene 14 artículos y recuerda la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue proclamada 30 años antes. Enuncia derechos fundamentales en favor de los animales, dentro de los cuales, aparece como primero el derecho a la igualdad.

Ha sido proclamada en la UNESCO y no por la UNESCO, adoptada por la misma institución habría tenido un alcance moral superior.

³ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. “Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346” Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 24

⁴ [Ánima.org. 25 de febrero de 2005. Declaración Universal de los Derechos de los Animales. Ana María Aboglio. Ediciones Ánima.](http://www.anima.org.ar/declaracion-universal-de-los-derechos-animales/)

La Declaración Universal de los Derechos del Animal ha tenido, sin embargo, el mérito de haber sido la primera en construir las bases de un nuevo equilibrio en las relaciones que el hombre mantiene con los animales y a proclamar la igualdad de las especies delante la vida.

Permanece el texto más ambicioso que haya aparecido al día de hoy en lo que se refiere al reconocimiento a vocación universal de los derechos de los animales.⁵

3. Análisis Normativo en el Derecho Argentino.

En Argentina ha habido grandes avances en materia legal sobre la protección de Derechos de los Animales, empero falta mucho aún por reconocer.

Principalmente se debe hacer referencia a dos estadios fundamentales a la hora de mencionar el alcance y la protección que se les otorga a los animales no humanos. Uno lo encontramos en nuestra Constitución Nacional, más precisamente en el artículo 41; y el otro instrumento de protección de derecho lo encontramos en la Ley 14.346 de protección a los animales. Si dejar de hacer mención en la reciente Ley Nacional Nro 27.330⁶ que prohíbe la carrera de perros en todo el territorio nacional. Ambas leyes forman parte del Código Penal y es por tal motivo que quien la infringe comete un delito. No requiere que las provincias adhieran a ellas ni reglamentación alguna.

⁵ La Declaración universal de los derechos del animal. 03 de septiembre de 2013. <http://aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2017/01/declaracion-universal-del-derecho-animal.docx>.

⁶ Ley 27.330 de prohibición de las carreras de perros en todo el territorio nacional. Fecha de publicación 02/12/2016 B.O 33516. Decreto Nro 1221/2016

A fin de realizar un análisis más profundo, habría que buscar las normas con competencia municipal y provincial, no solo las de carácter nacional. Nuestra provincia de La Pampa, aunque no posea una ley provincial en sentido formal de protección hacia los animales, su artículo 18 establece que:

Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los Poderes Públicos dictarán normas que aseguren: a) la protección del suelo, la flora, la fauna y la atmósfera; b) un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas; c) una compatibilización eficaz entre actividad económica, social y urbanística y el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales; d) la producción, uso, almacenaje, aplicación, transporte y comercialización correctos de elementos peligrosos para los seres vivos, sean químicos, físicos o de otra naturaleza; e) la información y educación ambiental en todos los niveles de enseñanza.

Se declara a La Pampa zona no nuclear, con el alcance que una ley especial determine en orden a preservar el ambiente. Todo daño que se provoque al ambiente generará responsabilidad conforme a las regulaciones legales vigentes o que se dicten⁷.

Haciendo clara protección a la fauna provincial, es loable destacar que aquí la palabra fauna corresponde, según la Real Academia Española, al conjunto de los animales de un país, región o medio determinado. El

⁷ Constitución de la Provincia de La Pampa. Sancionada el día 6 de octubre de 1960 y con las reformas de la Convención de 1994.

Constituyente que ha redactado la Carta Provincial ha decidido no establecer diferenciación alguna respecto del tipo de fauna que protege dicho artículo, y es por tal motivo que se entiende que la misma realiza su protección hacia la fauna en general, ya sea fauna silvestre o fauna salvaje. Dicho término, en definitiva, corresponden a significaciones tales como: animales que se encuentran en estado doméstico, animales que han sido domesticados y animales que se encuentran en estado salvaje.

Luego la acepción *animales domésticos* comprende a aquellos que el ser humano ha adoptado para vivir con él. A diferencia, por ejemplo, de animal domesticable, siendo aquél que el hombre utiliza con el fin de realizar tareas, por ejemplo en el uso de equino. Por último, el alcance del término animal salvaje, comprende a aquellos que viven en estado de libertad dentro de su habitat y no han sido domesticados por el ser humano. Poseen un comportamiento propio de cada especie, sin que haya sido éste modificado por el hombre.

Es entonces como podríamos ver en esta norma una protección en sentido tal que entiende como fauna a los animales domésticos, a los animales cautivos (o domesticados) y en estado salvaje otorgándole, la Constitución Provincial, el resguardo de sus derechos, del mismo modo que lo hace la Constitución Nacional en su artículo 41.

3.1. Artículo 41 de la Constitución Nacional

A raíz de la última reforma realizada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994, surgen los llamados derechos de tercera generación y brotan como respuesta a la protección del medio ambiente sano, el derecho a los usuarios y a las relaciones de consumo.

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Sin realizar un análisis muy profundo del mismo, dado que hay basta doctrina al respecto y excede la explicación del presente trabajo, es significativo realizar un esbozo del mismo ilustrando su protección hacia los animales no humanos.

El artículo lo que propone es el compromiso del respeto, la preservación y el cuidado del medio ambiente ante el menoscabo que puedan producir las actividades lucrativas preservando el ambiente sano y equilibrado para el uso que hagan de él las generaciones futuras. Hablar de generación es hablar de género en un sentido que comprenda todo y no solo al género humano. Implica que las generaciones futuras que utilicen el ambiente puedan vivir en igualdad de condiciones o mejor aún, en un ambiente mucho más sano. Se trata de la salvaguardia del mismo para las

generaciones futuras constituyendo de esta forma una suerte de derecho intergeneracional.⁸

Es evidente que la Constitución no se refiere únicamente al género humano, pues en este caso diría futuras generaciones humanas.⁹

El Estado como soberano tiene la responsabilidad de la utilización racional de los recursos naturales, y como tal deberá poseer un conocimiento cabal de la cuantificación de los recursos naturales que ostenta. Al no tener un conocimiento de los mismos podría caer en una aplicación desmedida e irracional produciendo un daño para las generaciones futuras y comprometiendo la protección del medio ambiente.

Se desprende de esto último la relación en forma conjunta con el principio de razonabilidad de los actos de gobierno.

Cuando el artículo establece la preservación de la diversidad biológica, se hace referencia a la protección de la vida natural en su conjunto, se entiende que los componentes de la diversidad biológica son todas las formas de vida que hay en la Tierra, incluidos ecosistemas, animales, plantas, hongos, microorganismos y diversidad genética. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) quedó listo para la firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Hasta la fecha hay 193 Partes.¹⁰

⁸ Dr. Doctor José Carlos Corbatta. *La preservación del ambiente en la Constitución Nacional. Análisis de las sesiones 13 y 14 de la constituyente de Santa Fe.* <http://www.legislaw.com.ar/doctri/art41cna.htm>

⁹ Dr. Biblióni, Héctor Jorge “El Proceso Ambiental”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.-

¹⁰ Naciones Unidas. Día internacional de la diversidad biológica, 22 de mayo. <http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>

La Ley 24.375 ¹¹ que adhiere al Convenio sobre la Diversidad biológica establece en su Art. 2 el término utilizado por diversidad biológica y lo que se entiende del mismo, realizando una interpretación de la siguiente manera: Por "diversidad biológica" se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Se trata entonces de proteger, preservar, la biodiversidad biológica para animales humanos y no humanos (comprendiendo también a la fauna urbana, exótica y silvestre). Proteger y preservar la biodiversidad biológica no es otra cosa que proteger y preservar con mandato constitucional a los animales, ya sean humanos o no humanos.¹²

En el siguiente párrafo cuando establece que corresponde a la Nación sancionar una ley que contenga los presupuestos mínimos de protección. Esta es la Ley de medio ambiente, la ley 26.675 y provincias que lo complementan.

3.2. Ley 14.346 de protección a los animales.

3.2.1. Breve reseña histórica. Actualmente contamos con una ley 14.346 ¹³ o Ley Benitez. La misma fue una autoría del Diputado A. J. Benítez, y fue presentada al Congreso de la Nación en el año 1954.

¹¹ Ley N° 24.375. Sancionada: Setiembre 7 de 1994. Promulgada: Octubre 3 de 1994.

¹² Dr. Doctor José Carlos Corbatta. *La preservación del ambiente en la Constitución Nacional. Analisis de las sesiones 13 y 14 de la constituyente de Santa Fe.*
<http://www.legislaw.com.ar/doctri/art41cna.htm>

¹³ Sancionada el 27/IX/1954; promulgada el 27/X/1954; y publicada en el Boletín Oficial el 5/XI/1954 - Código Penal

Nuestra ley 14.346 es precursora en el campo de la protección sobre el Derecho Animal para ese período al cual nos remitimos, al igual que nuestro sistema legal, al ser uno de los pocos países en el mundo que poseía una ley de protección animal incorporada a su Código Penal.

No obstante existe un antecedente de la Ley 14.346, llamada o conocida generalmente como Ley Sarmiento N° 2.786 del año 1891¹⁴, cuyo plexo normativo estipulaba las conductas de maltrato hacia los animales, aunque no formaba parte del Código Penal argentino.

Es una Ley muy corta, su propulsor, el Dr. Ignacio Lucas Albarracín, nacido en la provincia de San Juan en el año 1850, y sobrino de Domingo Faustino Sarmiento, fue Secretario de la Sociedad Protectora de Animales y sucedió a Sarmiento como Presidente de dicha entidad. Realizó innumerables campañas contra las corridas de toros, las riñas de gallos y el maltrato animal. Esta Ley, es entonces, el antecedente legal que tenemos a la actual ley 14.346 de protección contra el maltrato animal.

Reza la Ley 2.786:

ARTICULO 1.- Declárase actos punibles los malos tratamientos ejercitados con los animales, y las personas que los ejerciten sufrirán una multa de dos a cinco pesos, o en su defecto arresto, computándose dos pesos por cada día.

ARTICULO 2.- En la capital de la República y Territorios Nacionales, las autoridades policiales prestarán a la Sociedad Argentina Protectora de los Animales, la cooperación necesaria para hacer cumplir las Leyes, reglamentos y ordenanzas dictadas o que se dicten en protección de los animales, siendo de la competencia de las

¹⁴ Promulgada el 25 de Junio de 1891

mismas, el juicio y aplicación de las penas en la forma en que lo hacen para las contravenciones policiales.

ARTICULO 3. - El importe de las multas a que se refiere el artículo primero será destinado a las sociedades de beneficencia de cada localidad.

ARTICULO 4.- La Municipalidad de la capital de la República y las de los Territorios Nacionales dictarán ordenanzas de conformidad a la presente Ley.

ARTICULO 5. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Remitiéndonos a la actual Ley 14.346, como mencioné con anterioridad, la misma forma parte del Código Penal Argentino.

A pesar de ser una ley con escasa cantidad de artículos, posee la misma jerarquía que cualquier ley penal que se encuentra vigente en nuestro territorio nacional. Los tipos penales mencionados en ella son delitos con igual jerarquía a los mencionados en el Código Penal y por tal motivo han de ser denunciables en todo el territorio nacional, como de igual forma su aplicación debe realizarse a lo largo y ancho de todo el territorio.

Podemos confirmar entonces, que el objeto del derecho animal en general y de la Ley 14.346 en particular es la protección hacia los animales, no solamente fauna urbana o animales domésticos sino los animales en general sea cual sea su especie.

Me tomaré el atrevimiento de copiar el texto legal a fin de que resulte las más fácil para el lector realizar el interpretación y el análisis de los artículos que la conforman. La misma establece:

LEY 14.346. Se Establecen Penas para las Personas que Maltraten o Hagan Víctimas de Actos de Crueldad a los Animales.

ARTICULO 1° - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.

ARTICULO 2° - Serán considerados actos de maltrato:

1° No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos.

2° Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas.

3° Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas.

4° Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado.

5° Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos.

6° Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.

ARTICULO 3° - Serán considerados actos de crueldad:

1° Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello.

2° Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad.

3° Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada.

4° Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia.

5° Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones.

6° Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato.

7° Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por sólo espíritu de perversidad.

8° Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias, en que se mate, hiera u hostilice a los animales.

ARTICULO 4° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

3.2.2. Elementos a tener en cuenta

Antes de continuar con el análisis, hay que hacer referencia a varios aspectos a tener en cuenta. El tipo de lenguaje que comprende ha

quedado en ciertos aspectos desactualizado dado los usos y costumbres de la época en la que vivimos actualmente.

A su vez, posee una técnica legislativa un tanto imperfecta puesto que determinados tipos penales que se encuentran tipificados son abiertos, esto daría a entender que no se cumple en forma cabal con dos requisitos exigidos por el Derecho Penal, que son la máxima taxatividad y el principio de legalidad. Sin embargo será labor del abogado y el magistrado no caer en estos desajustes y realizar una aplicación perfecta del mismo.

Otro detalle a advertir respecto a la misma lo podremos observar en cuanto a la no diferencia de la graduación penal que existe entre los delitos que son de maltrato respecto de los actos de crueldad. No obstante, la solución que se podrá aplicar allí quedará a criterio del juez que establezca la pena determinar entre la escala contemplada si el acto corresponde a quince días de prisión o bien a un año, realizando un análisis en forma conjunta junto con el artículo 41 del código penal, a fin de determinar la escala penal acorde al delito que haya sido cometido.

A su vez, se advierte que la graduación penal comprendida en esta ley queda desfasada respecto de muchos de los delitos prescriptos en el Código Penal, esto se debe a la no actualización de la misma. Es primordial destacar que dicha ley ha sido sancionada en el año 1954 y no ha sufrido modificación alguna siendo una materia pendiente para el Legislador actual poder realizar una modificación de la misma, no sólo en cuanto a la cuantificación de la pena aplicada sino también en cuanto a la redacción de los delitos tipificados en la misma.

3.3.3. Análisis del Tipo Penal

Dado que el análisis de cada uno de los incisos correspondientes a los artículos que comprende la ley excede el presente trabajo, realizaré una

breve explicación del tipo penal que se protege, como así también una mención respecto de cada uno de los incisos, deteniéndome especialmente en aquellos que suelen ser de mayor utilidad respecto del abogado que ejerce el Derecho Animal.

El bien jurídico protegido es la vida del animal al que se está dañando, lastimando o menoscabando en alguno de sus derechos, tal como quedó establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Es la preservación de la biodiversidad y también la propia existencia y conservación de la vida, la salud física y psíquica de los animales. Por tal motivo posee un bien jurídico pluriofensivo.

Según la postura de Zaffaroni, el bien jurídico protegido de maltrato animal no es otro que el derecho propio del animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derecho (...) el argumento de que no es admisible el reconocimiento de derechos porque no puede exigirlos (ejercer las acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, ya que son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descerebrados, dementes en los últimos estadios) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles este carácter, so pena de caer en la tesis genocida de las vidas sin valor vital de una de las cúspides del pensamiento penal.¹⁵

Por último, Zaffaroni realiza una interesante observación, al señalar que la vigente ley positiva argentina reconoce al animal como titular del bien jurídico en el delito de maltrato, asignándole el carácter de víctima, tal como surge del propio texto legal, agregamos nosotros.¹⁶

¹⁵ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. "Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346" Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 35

¹⁶ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. "Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346" Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 36

El objeto material del delito es sobre el cual recae la acción, es decir, sobre quién se comete el acto lesivo de maltratar o bien de actuar con crueldad, es decir, sobre el animal no humano.

El sujeto pasivo del delito, es el titular o portador del interés, cuyo derecho se protege, es decir, el interés propio de cada animal, según las condiciones de su propia especie.

A partir del segundo y tercer artículo la ley contempla una serie de incisos para cada acto que se comete. La mayoría de los incisos prevén actos del tipo penal doloso que admiten la forma directa o eventual.

En el segundo artículo se realiza la descripción de los actos referidos a maltrato animal. Generalmente la interpretación que se realiza del mismo es que este artículo brinda la protección hacia los animales domésticos y sólo en forma excepcional podría aplicarse también hacia los animales cautivos, según los autores del libro “Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346”, Pedro E. Despouy Santoro y María C. Rinaldi, a los cautivos sólo se refiere el inc 1 del artículo 2 de la Ley 14.346.

3.2.4 Actos de Maltrato Animal

El inciso primero del segundo artículo comienza haciendo referencia a “no alimentar en calidad y cantidad suficiente a los animales domésticos o cautivos” corresponde a un tipo penal abierto, por consiguiente, para poder determinar cuál será la calidad y la cantidad suficiente se requerirá del auxilio de otras disciplinas, por ejemplo las ciencias veterinarias, a fin de establecer el parámetro correcto.

La alimentación en calidad y cantidad suficiente refiere no solo al tipo de alimentación en base a una dieta sólida sino también a la posibilidad de que el animal pueda ingerir la cantidad de líquidos requerida acorde a su especie, a sus necesidades biológicas y climáticas.

En cuanto a la dieta en base a alimentos sólidos, el no alimentar en calidad y cantidad suficiente se puede estipular que se considera tanto en el sentido de tener un animal sufriendo estado de inanición, como tener un animal en estado de sobrepeso (obesidad). Hay que destacar, que el tipo penal, establece la comisión del delito, tanto cuando se afecte la vida de animales domésticos como cautivos, por ejemplo, animales de circo o que se encuentren en un acuario.

Puede cometer el ilícito correspondiente a este artículo tanto el humano que tenga el animal a su cargo, como así también el sujeto responsable que se encuentre al cuidado o a la guarda del animal. En este último caso puede hacerse especial mención al caso de las guarderías caninas que se convierten en garantes del cuidado del animal no humano bajo el cumplimiento de un contrato con el propietario del animal.

El 31 de Diciembre de 2014, un perro murió atado y sin comida en el patio de una vivienda en Santa Rosa, La Pampa. El dueño, que estaría de vacaciones, fue denunciado penalmente por una vecina de la zona que calificó de "inhumano" el trato hacia el animal (...) y antes de irse, aparentemente, colocó un boyero eléctrico, lo que impidió la acción de los vecinos para salvar la vida del perro que murió. La titular de la Fundación Vidanimal indicó que los vecinos tenían "miedo" de demandar al dueño de la vivienda porque "tiene una denuncia anterior aparentemente por haber matado de un tiro a un perro de un vecino, dicen que es violento y temen represalias, por eso no querían denunciar"¹⁷

En el segundo inciso correspondiente al segundo artículo de la ley, nos encontramos con lo siguiente: Azuzarlos para el trabajo mediante

¹⁷ El Intransigente. Se fue de vacaciones, dejó atado al perro y lo mató de hambre. Lunes 5 de Enero de 2015. <https://www.elintransigente.com/policiales/2018/5/6/se-metio-en-contramano-en-la-autopista-25-de-mayo-provoco-terrible-choque-489822.html>

instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas.

Antes de comenzar con la explicación de este inciso hay que recordar que hoy en día se encuentra comprobada la capacidad de sentir que poseen los animales producto de la existencia de poseer un sistema nervioso central. Ya he mencionado anteriormente como esto ha sido comprobado años atrás y más recientemente en la “Declaración de Cambridge de la conciencia”.

Este conocimiento que hoy en día poseemos no se encontraba comprobado al momento en que fue redactada la ley penal, y es por tal motivo necesario la actualización de esta norma penal, dado que muchos de sus incisos han quedado desactualizados y requerirá que sea reformada.

Al igual que el inciso anterior este delito puede ser cometido tanto por el humano que tenga el animal a su cargo, como así también el sujeto responsable que se encuentre al cuidado o la guarda del animal. Es fundamental destacar que este hace mención al sometimiento físico, al daño físico innecesario que causen sensaciones dolorosas en el animal causada por instrumentos determinados tales como: conocer si un instrumento es o no de “simple estímulo” y si provoca en el animal “innecesarios castigos” o “sensaciones dolorosas”, son elementos descriptivos del tipo penal que expresan una realidad naturalista aprehensible por los sentidos y susceptible de constatación empírica.¹⁸

El análisis del tipo penal que realizan los Dres. Pedro E. Despouy Santoro y María C. Rinaldoni respecto del tipo penal hacer referencia a los casos de las jineteadas y el adiestramiento de animales.

¹⁸ Balcarce, Fabián I. y otros, Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio, 3ra edición, Advocatus, Córdoba, 2011, p.83

En el caso de las jineteadas, este tipo de espectáculos puede prestarse al abuso en cuanto al trato de los animales en la realización pública de esta clase de eventos.¹⁹

Pese a que aún no está considerado mal vista el tipo de práctica por la sociedad, como así tampoco lo estuvo en su momento las corridas de toros en Cataluña. Y de hecho –las jineteadas– constituyen una práctica muy común realizada en varias provincias de nuestro país. Entiendo que es relevante realizar el siguiente análisis respecto de las “prácticas avaladas socialmente por configuran una tradición”.

Es menester realizar una diferencia entre lo que se considera moral y lo que se considera ética. La moral es relacionada con las costumbres y la tradición de un determinado grupo de personas, no obstante la ética es el análisis racional de la moral estableciendo un principio universal.

En la disertación que realizó Jesús Monsterín ante el Parlamento de Catalunya, en el debate sobre la prohibición a la corrida de toros el día 03 de Marzo de 2010, bien menciona que la palabra:

Moral, proviene de la palabra Mor que significa las costumbres, costumbres que pueden ser de una persona o de una tribu. Y las tradiciones de esa tribu constituyen la moral de esa tribu. Pues entonces naturalmente, en este sentido, pues forma parte de la tradición (cortar el clítoris a las mujeres formo parte de la tradición de muchos países africanos, formó parte durante mil años de la tradición china estrujar los pies a las mujeres, también formó parte de la tradición española la Inquisición, o las ejecuciones públicas)(...), pero aún quedan bolsas de crueldad. Actualmente se sigue realizando un espectáculo público de la tortura de los animales. Que argumentos hay para defender lo indefendible? Un

¹⁹ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. “Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346” Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 56

argumento es el que las corridas de toros son tradicionales. Es cierto que las corridas de toros son tradicionales? Pero por ejemplo en España se están tomando medidas contra el maltrato hacia las mujeres, y sin embargo ésta es mucho más tradicional que las corridas de toros, pues todas las salvajadas son tradicionales allí donde se las practica. El secuestro es tradicional en Colombia, Sicilia, Calabria y en otros muchos sitios (...). Pues si me permiten ustedes, luego de decirles lo que es la moral les diré lo que es la Ética, la ética es una cosa distinta de la moral que no tiene nada que ver, es una teoría filosófica que trata de mirar desde afuera a las morales de las diferentes tribus y analizarlas racionalmente. Y entonces, desde el punto de vista de la ética o hay tradiciones, desde el punto de vista de la ética lo que hay son justificaciones racionales. Y precisamente para lo que sirve la ética es para que dentro de cada tribu diferenciar cuál de sus tradiciones son una salvajada y cuál de sus tradiciones, son precisamente, cosas admirables que conviene incluso fomentar y extender por todo el mundo. Entonces, en la ética se pueden usar argumentos, y por ejemplo un argumento es el argumento de la consistencia: si hay la moral de una tribu, que al mismo tiempo obliga a hacer algo y lo prohíba, esto es una contradicción, y se puede criticar desde ese punto de vista. También desde el punto de vista de la universalidad, si hay una norma que establece que no se puede pegar a un diputado patadas en las espinillas, pero hay otra norma que dice que al resto de las personas si, esta norma también se puede criticar desde el punto de vista ya que no respeta el principio de la universalidad que es un principio de la ética.

La tradición no justifica nada, todas las cosas, las buenas y las malas son tradicionales (...), el que algo sea tradicional no es

garantía de verdad, ni es garantía de nada. Es simplemente un hecho sociológico. Cuando uno contempla las costumbres de los pueblos primitivos, incluido nosotros por las corridas de toros si nos ven desde afuera, descubrimos que el mundo es muy distinto pues está lleno de variaciones extrañas. Pero efectivamente el ver que algo es tradicional en un sitio, eso, en ningún sentido, lo justifica. (...) No se puede admitir como justificación de nada el simple hecho de que sea tradicional. ..²⁰

El inciso tercero recepta el hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas.

La persona responsable de la comisión de este delito, al igual que en los incisos anteriores puede ser tanto el humano que tenga el animal a su cargo, como así también el sujeto responsable que se encuentre al cuidado o la guarda del animal. De igual forma que el inciso primero, corresponde a un tipo penal abierto en donde se requerirá el auxilio de las ciencias veterinarias a fin de establecer cuál es el tiempo de descanso determinado que debe tener el animal no humano.

Es sabido que en la provincia de La Pampa se requiere de la utilización de caballos para la realización de ladrillos mediante el uso de la técnica pisadero dando vueltas en círculo con el objeto de que se produzca la masa del ladrillo. Habrá que analizar, y corresponderá al perito veterinario en el caso en concreto, si la utilización de esos equinos en dicha labor corresponde a una acción penal. Esta actividad conlleva implícita el maltrato hacia los animales no humanos y la comisión de un delito penal.

²⁰ Jesús Monsterín ante el Parlamento de Catalunya, en el debate sobre la prohibición a la corrida de toros el día 03 de Marzo de 2010. <https://www.youtube.com/watch?v=HEQ-NFTesS8>

El inciso cuarto establece el empleo en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado. En principio no hay que dejar de mencionar que, al igual que el precedentemente analizado, el animal no es el que trabaja. Podemos ponernos a pensar risiblemente si acaso el animal percibe algún tipo de sueldo, aguinaldo o vacaciones por la labor que realiza, y la respuesta seguramente será negativa. Haciendo esta salvedad, entonces es lógico pensar que el animal es en realidad usado, o más bien, explotado por el humano que lo hace trabajar.

El sujeto que puede cometer este delito es la misma persona que hemos mencionado en los anteriores tipos penales, y el delito es consumado en el momento en que se lo hace trabajar sabiendo que el animal no humano no se encuentra en las condiciones físicas adecuadas para realizar la labor.

La condición del estado físico debe ser evidente y notorias. En caso de no serlo se presume su desconocimiento, no obstante, si el mal aspecto es evidenciado no se puede escapar respecto de la no comisión del delito.

Inciso quinto, estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos. Cualquier individuo puede cometer el delito penal y se consuma al momento en que se produce (y se comprueba con las pericias correspondientes) el estímulo derivado del suministro de la droga en el organismo del animal.²¹

A diferencia de los anteriores tipos penales analizados, el presente no admite la figura del dolo eventual. Sin embargo, no se comete la acción típica cuando la droga que se proporcione al animal sea con fines terapéuticos.

²¹ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. "Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346" Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 65

Al momento de realizar el análisis de la tipicidad respecto de este delito, deberá relacionárselo con el artículo 2 del doping animal ley 24.819.

22

Aludiendo un caso en concreto y correspondiente a la actualidad, se ha aceptado como querellante a AFADA.Ong en la causa “Fantasía” donde una yegua en la localidad de Goya, provincia de Corrientes, falleció de un paro cardíaco producto del suministro de droga previo a una carrera de caballos.

El pasado 16/3/18 el Juzgado de Instrucción y Correccional N° 3 de la ciudad de Goya (Ctes, ARG), a cargo del Dr. Darío Alejandro Ortiz decretó tener como "Querellante definitivo" a Afada Ong en la causa de "Cuadreras Ilegales" que el magistrado lleva adelante en ese Tribunal.

HECHOS: Los hechos habrían ocurrido el pasado 27 de agosto de 2017 en el Jockey Club de la ciudad de Goya, Ctes. (ARG), cuando la yegua apodada “Fantasía” de propiedad del Futbolista de Lanús José “Pepe” Sand y su hermano César Sand, a segundos de largarse una cuadrera que se llevaba a cabo en el mencionado establecimiento, cae muerta de un presunto “paro cardiorespiratorio” debido al previo e ilegal suministro de un “cóctel de drogas” que se le habría aplicado al animal antes de la carrera para mejorar su rendimiento físico. El suministro de estas sustancias prohibidas, además, habría sido realizado por una persona que no contaba con el título habilitante para hacerlo, y dentro de un previo e ilegal Acuerdo, basado en apuestas clandestinas realizada por un grupo de personas que conformarían una banda criminal encaminada a organizar carreras de caballos ilegales (denominadas “cuadreras”) en ese y otros establecimientos

²² Ley 24.819. DEPORTE ANTIDOPING. Sancionada: Abril 23 de 1997. Promulgada de Hecho: Mayo 20 de 1997.

hípicos de nuestro país, por fuera del circuito oficial previsto para las mismas, todo ello, con la connivencia de funcionarios policiales locales que garantizarían la seguridad de dichos eventos".

Teniendo en cuenta el "enorme caudal probatorio" aportado por Afada Ong, el Magistrado entendió que había "motivos suficientes" para relacionar a los Querrellados al hecho sucedido y, en Diciembre del año 2017, llamo a INDAGATORIA" al Jockey y propietarios del equino (entre los que se encontraba el reconocido futbolista del Club "Granate"), al dueño del establecimiento hípico de Goya, a los organizadores del evento, a un reconocido empresario de un diario local, y el jefe de los funcionarios policiales del PRIAR de Goya (Ctes) que el día del hecho, prestaban "servicios adicionales" de seguridad en el lugar, por los delitos de:

- "Maltrato y crueldad animal" (Ley Nac. N° 14346);
- "Dopaje de animales" (Art. 18, 111 y cc. de la ley n° 26912/13),
- Juego ilegal o clandestino (Art. 301 bis del CP);
- Ejercicio ilegal de la medicina veterinaria (Art. 247, 1er. Párrafo, del CP)
- Asociación ilícita (Art. 210 del CP)
- En concurso real (Art. 55 del CP)

Con esta decisión judicial, Afada Ong podrá llevar adelante la investigación en "forma autónoma" (independientemente del Ministerio Público Fiscal), para lograr demostrar la existencia de los hechos denunciados y la responsabilidad penal de los involucrados.

"El caso de la yegua Doña Fantasía se convierte así en la punta del iceberg, de un mundo de explotación animal desconocido por la mayoría de la sociedad, que promete sentar un importante precedente jurisprudencial en el siempre oscuro y discutido mundo de las carreras clandestinas de caballos en la Argentina.."²³

Continuando con el análisis, arribamos al último inciso correspondiente al artículo dos de los delitos de maltrato animal. El mismo recepta lo siguiente: Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas. Es un tipo penal abierto el cual requerirá de pericias, testigos o elementos de prueba pudiendo ser videos grabados o bien fotografías tomadas, a fin de determinar si el tiro del vehículo exceda notoriamente sus fuerzas.

Este tipo de delitos es mayormente cometido en provincias como Buenos Aires o Santa Fe. Tal como lo he mencionado anteriormente, la persona responsable de la comisión de este delito, al igual que en los incisos antepuestos puede ser el humano que tenga el animal a su cargo, como así también el sujeto responsable que se encuentre al cuidado o la guarda del animal.

La expresión “notoriamente” constituye un elemento descriptivo, ya que expresa una realidad naturalística aprehensible por los sentidos, susceptible de constatación fáctica.²⁴

Podrá realizarse la articulación pertinente del presente inciso con el código de faltas provincial correspondiente, tal como se realiza el análisis en el libro “Protección Penal de los Animales” de los Dres. Pedro E.

²³ Dr. Pablo Buompadre. Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales. 23 de Marzo de 2017.

<https://www.facebook.com/afada.org.33/posts/383715458770291>

²⁴ Balcarce, Fabián I. Introducción a la parte Especial del Derecho Penal., Córdoba, 2004, p.105

Despouy Santoro. María C. Rinaldi, cuando establece que podría configurar una contravención el dejar al animal en la vía pública sin haber tomado las precauciones necesarias. En el caso de la provincia de La Pampa, el artículo 91 de la Ley 1.123²⁵, dispone:

Artículo 91.- Será reprimido con multa de hasta quince (15) días o arresto de hasta cinco (5) días, siempre que el caso no fuere de competencia municipal: 1) El que sin estar facultado por la autoridad competente tenga animales peligrosos o que puedan causar daño o estando autorizado, no los custodie con la debida cautela; 2) El que en los lugares abiertos deje bestias de tiro, de carga, de carrera o cualquier otro animal, sin haber tomado las precauciones suficientes para que no causen daño o estorben el tránsito; 3) El que azuce o espante animales con peligro para la seguridad de las personas.

3.2.5 Actos de Crueldad Animal

Corresponde realizar el análisis ahora respecto de los delitos de crueldad animal. Como mencioné anteriormente, el legislador no ha realizado una observación o diferenciación respecto de la escala penal por la comisión de los actos correspondientes a este inciso. A pesar de ello, no configura el mismo tipo de acción la realizada entre uno u otro artículo. Los incisos que se describirán a continuación requieren de un plus de cuantía y perversión mayor por parte del autor, lo que hace que su comisión conlleve

²⁵ Ley 1.123 Publicada en la Separata del BO 1800 del 16/6/1.989.- Promulgada por Decreto 1.339/89 de fecha 5/6/1.989.- Sancionada el 18/5/1.989.-

a que el animal sufra de un modo excesivo, perverso, sangriento o violento aunque no necesariamente el autor experimente placer al realizarlo.²⁶

El inciso primero del artículo 3 infiere que: Serán considerados actos de crueldad, practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello.

La Real Academia Española establece que vivisección es la disección de los animales vivos, con el fin de hacer estudios fisiológicos o investigaciones patológicas, es decir, contempla la posibilidad de la realización del mismo cuando la práctica posea finalidad científica demostrable. Cualquier individuo puede ser autor de la comisión de este delito.

El año pasado, se realizó una gran movilización respecto de un proyecto de ley que avalaba la vivisección de animales. De ser aprobado dicho proyecto de ley se produciría un grave retroceso en cuanto a las leyes que protegen a los animales, dado que el 12 de agosto de 1987 el Ministerio de Educación de la Nación resolvió mediante la Resolución 1299/87²⁷, prohibir la vivisección y la disección de animales en todos los establecimientos de enseñanza, de los distintos niveles y modalidades, dependientes de este Ministerio”.

El segundo inciso establece la prohibición de mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad.

Años luz estamos aún respecto de observar como ilegal esta conocida técnica de la mutilación de orejas y rabo de animales. En España

²⁶ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. “Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346” Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 71

²⁷ Resolución 1299/87, Buenos Aires, 12 de Agosto de 1987

en Marzo de 2017 se ha aprobado la prohibición de amputar tanto rabo como orejas en los caninos, dado que se ha ratificado el Convenio europeo de protección de animales de compañía que, en su artículo 10, prohíbe las operaciones quirúrgicas a mascotas para modificar la apariencia de un animal (estéticas), y en particular: el corte de cola, de orejas, sección de cuerdas vocales y extirpación de uñas y dientes.²⁸

Dicha acción corresponde a una práctica de maltrato y crueldad hacia los animales, más aún cuando el rabo, las orejas y las cuerdas vocales corresponden a medios de comunicación para los animales no humanos. Se debe destacar que el tipo penal no configura un delito cuando la práctica no corresponda a una cuestión en la cual se encuentre comprometida su salud, higiene, o por un motivo de piedad y por tales razones deba realizársela.

No obstante, discrepo enormemente respecto de la palabra “mejoramiento” en este tipo penal. Dado que el vocablo posee un sin número de acepciones pudiendo llevar al tenedor o responsable del animal no humano a realiza estas prácticas escudándose en este término. Si bien está acción no constituye un delito penal, no deja de ser una mutilación innecesaria.

A diferencia de todos los delitos anteriormente analizados, este inciso en particular admite la tentativa.

El tercer inciso, establece el tipo de delito que se consuma cuando se interviene quirúrgicamente a animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada.

²⁸ El diario.es. Raúl Rejón. 16 de Marzo de 2016. https://www.eldiario.es/sociedad/Congreso-ratifica-convenio-prohibe-amputar_0_622937836.html

De igual modo que el inciso analizado precedentemente, el presente admite el caso de la tentativa. Cualquier individuo podrá realizar la comisión de este delito. Son necesarios tres requisitos para cumplir con este tipo penal, intervenir en forma manual o quirúrgica a un animal sin tener fines paliativos o curativos, hacerlo sin anestesia y no contar con el título profesional habilitante. Pero en efecto deben darse los dos últimos requisitos para que se cumpla la acción penal. El hecho no será antijurídico si se actúa ante una emergencia debidamente comprobada y se aplicará una causa de justificación.

El cuarto inciso recepta la prohibición de la experimentación con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia.

El sujeto activo de este inciso puede ser cualquier individuo. Se pena el hecho de que el sujeto activo realice experimentación sobre el animal, con conocimiento y voluntad de hacerlo, no siendo requerible realizarse dicha experimentación.

Actualmente existen varios proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación a fin de regular la experimentación con animales, de la misma manera, muchas organizaciones en contra de que sean aprobados dado que de aprobarse representaría un enorme retroceso en cuanto al reconocimiento como sujetos de derecho que ha dado la Cámara Federal de Casación Penal en el caso de la orangutana Sandra “que a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente (Zaffaroni E Raúl y et. Al., “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, pag. 493;

también Zaffaroni E. Raúl, “La Pachamama y el Ser Humano” , Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 54 y ss)²⁹.

El inicio quinto del artículo tercero de la ley establece el delito de Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones.

En este caso en particular, cometerá el delito de abandono el sujeto activo que se halle en posición de garante respecto del cuidado de la vida del animal que haya sido utilizado en experimentaciones. Se obliga al sujeto por haber llevado al animal al estado en que se encuentra no pudiendo abandonarlo puesto que el mismo se encuentra en una situación de vulnerabilidad producto del experimento al que se lo ha sometido.

El abandono podrá realizarse ya sea por acción (simple abandono) o por acción por omisión (al no brindarle los auxilios requeridos), cuando el sujeto coloca al animal en situación de abandono (...) trasladando al animal a un lugar donde no podrá tener la alimentación ni asistencia necesaria para mantenerse con vida.³⁰

En el inciso sexto se contempla la figura de Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato.

Estado de gravidez configura el estado de preñez o gestación en el cual se encuentra un animal, y tal como lo establece el mismo inciso dicho estado debe ser notorio, o no serlo pero tener el conocimiento de que el animal se encuentra en dicho estado.

²⁹ Cámara Federal de Casación Penal. Sala II. Causa Nro CCC 68831/2014/CFC1. “Orangutana Sandra s/recurso de casación s/Habeas Corpus” . Registro Nro 2603/14. Lex Nro. CCC 68831/2014/290001

³⁰ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. “Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346” Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 83

Un hecho por la comisión de este inciso sucedió durante el corriente año, en la provincia de Misiones, donde un individuo atropelló a una yaguareté preñada y podría pagar una multa de medio millón de pesos. Actualmente la causa se encuentra en el Juzgado de Instrucción 3 de Puerto Iguazú. Empero dicho tipo penal requiere del dolo directo y no contempla la figura del dolo eventual.

Este mismo hecho también podría tener un tipo de relación con el siguiente inciso a analizar, aunque habría que comprobar que existió la intencionalidad por parte del conductor al momento de arrollar al yaguareté, siendo además, un animal que se encuentra en grave peligro de extinción.

Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por sólo espíritu de perversidad. Y en cada uno de estos casos hay varios aspectos a destacar. Habría que comenzar el análisis, en principio, desde cuatro acciones independientes: lastimar, arrollar, torturar, provoca sufrimientos innecesarios y matar.

La descripción del verbo típico lastimar, produce un encuadre similar al de las lesiones, de forma tal que el mismo se entiende como aquel daño físico que percibe el animal no humano en su cuerpo y que produce una alteración en su estructura física. En Diciembre de 2017 se realizó la denuncia penal a un individuo por golpear a su perro en el barrio Plan 3.000.

Yésica Alarcón, que integra la ONG *Alerta Galgo*, le dijo a El Diario que todo comenzó cuando el hombre que vive en esa vivienda fue filmado luego de varios testimonios que daban cuenta de que golpeaba a su perro (un cruce con fox terrier) con un palo de escoba.³¹

³¹ El Diario de La Pampa. 3 de Diciembre de 2017. *Denuncian un caso de maltrato animal en el barrio Plan 3.000.*
<http://www.eldiariodelapampa.com.ar/index.php/edicion-digital/locales/37365-denuncian-un-caso-de-maltrato-animal-en-el-plan-3-000>

Generalmente estos casos nunca llegan a un tipo de condena y por una cuestión de falta de mérito y por mucho desconocimiento respecto de esta ley, por parte de la sociedad en general y del Poder Judicial en particular, se hace oídos sordos desmereciéndolas y produciendo su archivo. Las causas que llegan a la justicia son las menores y son aquellas en las cuales el animal muchas veces ya ha perdido la vida.

Ejemplo de aplicación de una pena en este caso sucedió en la localidad de Rosario, Provincia de Santa Fe, en donde un albañil de 24 años fue condenado con 15 días de prisión condicional, por golpear al perro de una vecina provocándole traumatismo de cráneo y ceguera temporal. El fallo fue dictado por la Cámara Penal de los Tribunales provinciales de Rosario, ratificando la sentencia de primera instancia.

El fallo indica que "sólo un espíritu teñido de crueldad" puede animar semejante agresión contra un perro que, por su tamaño y por su accionar, "no justificaba un ataque tan contundente" como el recibido.

La sentencia indica además que el golpe que le ocasionó al perrito la pérdida de la visión, y el abandono en el lugar "con aspecto de muerto", según el testimonio de una testigo, luce como una actitud "malvada y lesiva".

La condena es categórica: "Repugna —dice— al espíritu humano por su desmesurada violencia".³²

La descripción del verbo típico *arrollar intencionalmente*, demuestra que al momento de cometer la acción se requiere que haya dolo por parte del sujeto activo. Son bastos los casos en los cuales son arrollados animales en forma voluntaria por quienes conducen vehículos.

³² Clarín. 23 de Mayo de 2005. *Fue condenado por apalea a un perrito*. https://www.clarin.com/ediciones-antioros/condenado-apalea-perrito_0_rkbWs1YkAYx.html

Un caso en el cual le dieron seis meses de prisión en suspenso a un individuo de 45 años por arrollar y lastimar a una perrita en forma intencional. Sucedió en la zona Este de Mendoza, El fallo fue dictado por la Justicia correccional de San Martín en un juicio abreviado.

“Le pasó una soga por el cuello y ató el otro extremo al paragolpes de su vehículo, para sacarla del barrio. Así recorrió unos 1.000 metros, hasta llegar a la curva del barrio Colonia Tracción, sobre la Variante de Palmira. Las actuaciones indican que ese recorrido lo hizo a unos 50 kilómetros por hora y que, en ese trayecto, la perra por momentos corría detrás del vehículo y por otros se caía y era arrastrada. (...) La fiscal Florencia Díaz Peralta, quien le endilgó el delito encuadrado en la Ley Nacional 14.346 de Protección del Animal, incluido en el Código Penal, que establece pena de prisión de 15 días a un año a quien “infligiere malos tratos o actos de crueldad a los animales”. Además entendió que el imputado debía recibir pena de acuerdo con el inciso 7 del artículo 3° de esa misma legislación, que castiga por “lastimar o arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios, o matarlos por el sólo espíritu de perversidad”. La denuncia prosperó y ayer, en un juicio abreviado, en donde el acusado reconoció su culpa, el Primer Juzgado Correccional, a cargo del juez Darío Alberto Dal Dosso, le impuso la pena de 6 meses de prisión en suspenso. Además, a pedido de la querrela, y también aceptado por el imputado, se le impuso la obligación de entregarle a Ampara durante un año, 6 bolsas por mes de alimento balanceado para perros, “de buena calidad”, según se dejó constancia.³³

³³ Diario UNO. Jueves 23 de Abril de 2015. *Arrastró a una perrita por mil metros, la maltrató y la Justicia lo condenó.* <https://www.diariouno.com.ar/pais/arrastro-una-perrita-mil-metros-la-maltrato-y-la-justicia-lo-condeno-20150423-n67480.html>

La acción típica torturar a un animal requiere de un especial plus de sadismo por parte del sujeto activo al aplicarle tormentos, lesiones, sufrimientos psíquicos y físicos intensos a un animal. Ya no quiere sólo maltratar al animal sino provocarle un aumento del dolor especialmente cruel (plus de especial crueldad) asumiendo la innecesaridad de su acción a través de distintas formas posibles.³⁴

El más reciente suceso y conocido a nivel nacional se dio en la ciudad de San Francisco Córdoba, el caso del cachorro “Chocolate”. Quién murió tras ser despellejado vivo.

La fundación Bio Animalis a cargo de la Dra. Gretel Monserrat se encuentra querellando en dicha causa e informó que el 21 de mayo iniciará el debate oral y público en la Cámara del Crimen de San Francisco.

La elevación de la causa a juicio había sido pedida en agosto del año pasado por el fiscal Oscar Gieco. El abogado Sergio Corón Montiel, presentó en su momento un recurso de oposición para evitar que se haga el juicio, el cual fue considerado improcedente por la jueza de control. Tras otras presentaciones, finalmente se confirmó la elevación a juicio.³⁵

Es fundamental destacar el ensañamiento y la alevosía con la que actuó el procesado en la causa, en tanto habría saltado una pared para atacar al cachorro y habría encendido una bordeadora para que el ruido tapase los alaridos de dolor del perro mientras le cortaba la piel del cuello y de la cabeza.

autos N°36.598 caratulados “F. C/ S.R.M.R. P/ MALTRATO Y CRUELDAD ANIMAL”

³⁴ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. “Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346” Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. P. 91

³⁵ Clarín. 19 de Abril de 2018. *El juicio al hombre que despellejó al perro Chocolate empieza el 21 de mayo.* <https://tn.com.ar/sociedad/caso-chocolate-el-juicio-por-la-muerte-del-cachorro-empieza-el-21-de-mayo> 863828

El presente caso obtuvo una trascendencia significativa a nivel nacional e internacional, en tanto, muchas de las causas que llegan a la justicia se resuelven con una suspensión de juicio a prueba, mientras que la causa “Chocolate” se ha confirmado el inicio de la audiencia para el juicio oral.

La querrela solicitará que se aplique la prisión efectiva como pena por la comisión de este delito.

Prosiguiendo con la descripción del presente inciso, acción típica de provocar sufrimientos incensarios en un animal se diferencia de la tortura.

La expresión “sufrimientos innecesarios” resultaría ser una descripción de la acción pudiendo ser captada por la verificación del simple hecho. Es decir observar el hecho en el cual el animal se encuentra sufriendo en forma innecesaria. Previo a la descripción del tipo penal habría que considerar si existe el tipo de sufrimiento que sea considerado necesario.

Los tipos de sufrimientos innecesarios pueden ser a modo de ejemplo el hecho de mantener a un animal constantemente atado, lo que a su vez al privarle de alimentos y agua se lo consideraría la aplicación de tortura sobre el animal.

Otro tipo de sufrimientos innecesarios puede observarse en los criaderos de perros en donde las hembras gestantes se encuentran en constante períodos de preñez sin respetar sus tiempos de recuperación, a su vez podría considerarse la aplicación de tortura cuando se encuentran en estado inadecuado de hábitat, sucios, hacinados e insalubres.

A su vez, constituye un sufrimiento innecesario el hecho de mantener a un animal salvaje en estado cautivo. El hecho de someter a cautiverio animales salvajes (pinches, visón americano, cachorros de zorro colorado, cachañas, cauques, pumas, peludos, comadreja, lagartos, serpientes, etc.) podría configurar esta forma de crueldad si el sujeto se

representa la posibilidad de que el animal sufra al entrar en cautiverio.³⁶ Recientemente ha ocurrido un hecho de público conocimiento en la provincia de La Pampa, en donde ha salido a la luz un video en el cual se podía observar un puma encerrado en una jaula para luego ser utilizado en posible “caza enlatada”, hasta el momento ninguna autoridad provincial se ha expedido al respecto.

Señalan que el video se registró en Caleufú para ser destinado a “alguno de los tantos cotos de caza de la región para la modalidad de “caza enlatada o casa garantizada”.³⁷

Para finalizar el análisis del presente inciso se produce la acción de matar, cuando se le quita la vida al animal satisfaciendo la tendencia sádica de quién lo comete, o experimentando placer al hacerlo. El autor al realizar esta acción, demuestra mayor maldad y desprecio por la vida animal, y comete el delito con mayor criminalidad.

Desde el aspecto subjetivo, el delito requiere un plus de acción, el espíritu de perversidad siendo considerado éste como el hecho de realizar actos crueles por placer o con tendencia sádica.

No se comete el delito cuando mediare estado de necesidad: matar a un animal de gran porte que está atacándolo a uno u a otro humano, o bien en casos de piedad cuando un animal se encuentra agonizando, siempre que la misma sea instantánea e indolora.

Otro hecho ocurrido en nuestra provincia con respecto a un caso de muerte producida a un animal, fue en la localidad de Toay, en los autos

³⁶ Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi. “Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346” Córdoba. Argentina. Abril de 2003. Ed. Lerner. p. 94

³⁷ PLAN B NOTICIAS. 03 de mayo de 2018. *Denuncia en redes sociales: capturan a un puma para “la caza enlatada”*. <http://www.planbnoticias.com.ar/index.php/2018/05/03/denuncia-en-redes-sociales-capturan-a-un-puma-para-la-caza-enlatada/>

caratulados "MPF c/ Camargo Joaquín Javier s/ Infracción a la ley penal 14346 y abuso de arma de fuego". El acusado le dio muerte a un can gatillando cinco veces un arma por encontrarlo dentro de su casa en el gallinero.³⁸ La causa finalizó con una suspensión de juicio a prueba y sin permitir que la Dra. Ivalu Turnes se constituyera como querellante en la misma, pese a que la Ley 14.346 bien establece que los animales son sujetos de derechos, tal como he mencionado anteriormente que destaca el precedente de la sala II de la Cámara de Casación Federal.

No obstante, en la provincia de Salta, en la causa "O., N. H. – Daños y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil – Cuellar, Luis Fernando ", Expte N° COR -12994/11, se condenó a un hombre de 52 años de edad por haber matado a un can produciendo disparos sobre su cuerpo.

Los hechos ocurrieron en similar forma al caso sucedido en la provincia de La Pampa, empero las soluciones fueron disimiles.

Con respecto a la causa COR 12.994/11 en sus alegatos el Sr. Fiscal Correccional expresa que en primer lugar desea ampliar el requerimiento de elevación a juicio, el delito no seria el de daño, se ajusta la figura de actos de maltrato a los animales art 1° y 3° inc. 7° de la ley 14.346.³⁹ Realizando una correcta interpretación de la ley por parte del Fiscal a cargo y estableciendo que los animales son sujetos propios de derecho (...) Respecto a la conducta de N. H. Olguín que efectivamente ha cometido actos de crueldad hacia la mascota de su vecino, el Sr. Luis Fernando Cuellar, uno de ellos se encuentra debidamente descrito en el inc. 1 de la

³⁸ Castex 24. 06 de febrero de 2015. *Un cabo de Toay mató de cinco disparos a un perro.* <http://www.castex24.com.ar/un-cabo-de-toay-mato-de-cinco-disparos-a-un-perro/4/>

³⁹ "O., N. H. – DAÑOS Y TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL – CUELLAR, LUIS FERNANDO ", Expte N° COR -12994/11, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2012/11/16/se-condeno-por-actos-de-crueldad-contra-los-animales-al-demostrarse-que-los-disparos-que-efectuo-contra-el-can-fueron-innecesarios/>

ley 14.346, que reprime al que “hiciera víctima de crueldad a los animales”, y porqué se entiende que “Shado” fue víctima⁴⁰.

Respecto del último inciso que nos queda por considerar es el correspondiente a Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias, en que se mate, hiera u hostilice a los animales.

Este tipo penal se ve regularmente visto en las riñas de gallos y perros. Quien comete la acción típica será el o los encargados de la organización del evento junto con el responsable del animal que se encuentra bajo su cuidado. De más está decir que corresponde a una práctica ilícita que prohíbe la Ley 14.346.

En los autos caratulados: “Asociación Civil Samayhuasi c/ Estado Provincial –Demanda De Inconstitucionalidad” Expte. N° 06-A-07.- del Tribunal Superior de Justicia de San Luis, con fecha 15 de Diciembre del año 2009, respecto de la inconstitucionalidad de las riñas de gallos en dicha provincia, el voto del Dr. Horacio G Zavala Rodríguez funda que expresa la coalición que existe entre la ley provincial que permitía la riña de gallos y la ley nacional que lo prohíbe.

¿Puede entonces sostenerse objetivamente y con responsabilidad que la ley provincial N° V-0546-2006 no vulnera esa normativa nacional? Que, por imperio de los arts. 31, 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional, sólo puede ser establecida por el Congreso Nacional, no pudiendo hacerlo las provincias las que únicamente pueden ejercer el poder de policía local.

La colisión y violación de las normas nacionales es palmaria, en tanto la provincia no puede –so pretexto de una normativa

⁴⁰ Idem.

reglamentarista- hacer desaparecer los efectos del delito o pretender exculparlos.

Dicha ley retrotrae a San Luis a la época de las cavernas, a la época del hombre primitivo y no al de este siglo XXI, que aspira a su cultura, a su progreso, a su salud, al perfeccionamiento de sus instituciones.

Los actos de crueldad hacia los gallos que permite esta ley demuestran que el hombre puntano ha retrocedido en el tiempo, convirtiéndose en un ser brutal, bárbaro, vándalo, violento, despiadado, inculto, salvaje, etc.- ¿Cómo es posible que para solaz de unos pocos y para enriquecimiento de otros, se permitan estas supuestas “competencias” anacrónicas?⁴¹

No obstante, en la provincia de Tucumán, hasta el año 2015 la Secretaría de Deportes avalaba estas riñas. Una práctica que se encuentra muy inculcada en las culturas de dicha provincia como así también en Santiago del Estero y Misiones.

En el año 2016 mediante una cautelar presentada por la Dra. Ivana Acevedo fueron suspendidas en la provincia de Tucumán,⁴² quedando prohibidas. El fallo judicial fue contra la Secretaría de Deportes de la provincia tucumana en donde se decreta la inconstitucionalidad de la ley 6.048 y se establece que la misma incurre en una falta grave a la ley de protección Animal Argentina N° 14346 del código Penal Argentino.⁴³

⁴¹ ASOCIACIÓN CIVIL SAMAYHUASI C/ ESTADO PROVINCIAL –DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD” Expte. N° 06-A-07.- del Tribunal Superior de Justicia de San Luis. 15 de Diciembre del año 2009.

⁴² La Gaceta. 04 de Octubre de 2016. Suspendieron las riñas de gallos en la provincia. <https://www.lagaceta.com.ar/nota/701979/sociedad/suspendieron-rinas-gallos-provincia.html>

⁴³ Asociación Animalista Liberá Tucumán. 30 de Septiembre de 2016. <https://www.facebook.com/LIBERA.TUCUMAN/posts/1445856348759590>

4. Breve conclusión.

No quiero finalizar el presente trabajo sin dejar de hacer mención a dos causas de significativa trascendencia en nuestro país.

La primera tuvo asiento en la provincia de La Pampa en el fallo "T. , J. A. s/ infracción Ley 14.346" que fuera ratificado por la CSJN. La acción típica fue encuadrada en la violación del artículo 3 inc 7 de la Ley 14.346. Fue querellante en la causa la Dra. Ivalú Turnes. Fueron significativas las declaraciones de los testigos quienes fueron coherentes en el relato de los hechos, más allá de las imprecisiones en que puedan haber incurrido en algunos detalles, propias del paso del tiempo.⁴⁴ De igual forma se tuvo en cuenta la importancia de la pericia médica realizada por el perito veterinario en donde se pudo constatar las lesiones que había sufrido la perra producto de la violación efectuada por T. En un análisis congruente, el magistrado Daniel Alfredo Sáez Zamora, entiende que:

en este aspecto, resulta oportuno referenciar y hago mío lo sostenido por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Paraná, sala 1, en autos "B.J.L. s/ infracción a la Ley 14.346" que con fecha 1° de octubre de 2003 sostuvo que: "Las normas de la ley 14.346 protegen a los animales de los actos de crueldad y maltrato, no ya en un superado "sentimiento de piedad" propio de la burguesía etnocentrista del siglo XIX, sino como reconocimiento normativo de una esfera o marco de derechos para otras especies que deben ser preservadas, no solo de la depredación sino también de un trato incompatible con la mínima racionalidad. El concepto de "persona" incluye en nuestras sociedades pluralistas y anonimizadas también

⁴⁴ "T. , J. A. s/ infracción Ley 14.346" expediente N° C51/11,

un modo racional de contacto con los animales que excluye los tratos crueles o degradantes.”⁴⁵

Por otro lado, en el leading case de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales en la causa sobre el Hábeas Corpus interpuesto a favor de la Orangutana Sandra, los Dres. Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma remiten la causa a los efectos de fallar en la misma acorde a “partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente (Zaffaroni E Raúl y et. Al., “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, pag. 493; también Zaffaroni E. Raúl, “La Pachamama y el Ser Humano” , Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 54 y ss)”.⁴⁶

En otras palabras, el nuevo Status Jurídico de los Animales No-Humanos en nuestro país (incluyendo a los Animales Silvestres) ha puesto en crisis la concepción legal de que los animales son recursos (cosas u Objetos) para empezar a comprender a los mismos como verdaderos “SUJETOS DE DERECHO”, algo que el Instructor a esta altura de la evolución social, no puede en modo alguno pasar por alto.⁴⁷



⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Cámara Federal de Casación Penal. Sala II. Causa Nro CCC 68831/2014/CFC1. “Orangutana Sandra s/recurso de casación s/Habeas Corpus” . Registro Nro 2603/14. Lex Nro. CCC 68831/2014/290001

⁴⁷ Dr. Pablo Buompadre. Asociación de Funcionarios y Abogados por os Derechos de los Animales.

FILIACION HOMOPARENTAL EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA

*Silvia Noemí Escalante **

1. Introducción.

El Derecho de Familia viene atravesando en los últimos años variables importante, en relación a los bienes jurídicos protegidos y a la incorporación de nuevas situaciones en las relaciones de familia, buscando analizar a través de la presente cual es la realidad jurídica con respecto al género y la sexualidad, sosteniendo que el Derecho de familia, y en especial lo relacionado a las técnicas de reproducción humana asistida o el conocido vientre subrogado en las relaciones de parentesco, siendo que aún a posterior de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, mantienen arraigada concepción heteronormativa, instaurando la heterosexualidad como el único modelo válido para el pleno desarrollo de la sexualidad y el parentesco.

Este trabajo propone repensar y reflexionar sobre la realidad de las familias homoparentales de hecho, que desean tener hijos/as, y la realidad a la que se enfrentan en la instancia de reconocimiento ante el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas, analizar si se enfrentan a la discriminación.

* Abogada. Mediadora Extrajudicial. Adscripta a la Investigación “*Género y Violencia. Estudio de las relaciones y experiencias juveniles en el inicio de la escuela media*” en Universidad Empresarial Siglo XXI. Diplomada en Protección Internacional de Derechos Humanos de las Mujeres. Diplomada Abogada de niñas, niños y adolescentes.

2. Gestación por sustitución

En la República Argentina, el procedimiento, conocido como gestación por sustitución, consiste en una práctica reproductiva de alta complejidad que no se encuentra legislada en el país. Aun así, no ha sido impedimento para que parejas fértiles que no pueden gestar hayan logrado su anhelo de ser padres.

Se estima que al menos unos 40 chicos nacieron en vientres sustitutos en la Argentina. Los casos son todos diversos: madres, hermanas, cuñadas y amigas movidas por el altruismo y úteros de alquiler posibilitaron esos nacimientos¹. (Gaffoglio, 2017)

El vacío legal, sin embargo, convierte hoy en NN a los hijos nacidos de las parejas que deciden tener un hijo por este procedimiento. Sin nacionalidad de identidad, sin identidad filiatoria que los consagre como hijos de la pareja, los niños y niñas no sólo no pueden desplazarse libremente junto a sus padres por el interior del país o viajar al exterior, sino que tampoco pueden acceder a derechos humanos fundamentales, tales como acceder a una obra social o a sus historias clínicas.

En el país, arribar a la paternidad a través de esta vía no tiene encuadre normativo vigente pero sí se encuentra siendo aceptado de manera jurisprudencial. Sin embargo, este tratamiento carece de un sustento legal, es decir, no hay aún regulación a través de leyes. Ni la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida N° 26.862 ni el nuevo Código Civil y

¹ GAFFOGLIO, L. (2017) *Alquiler de vientres: la Corte podría sentar un precedente*. Recuperado el 28-07-2018 de <https://www.lanacion.com.ar/2025848-alquiler-de-vientres-la-cnorte-podria-sentar-un-precedente>

Comercial mencionan la gestación por Sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida.²

3. ¿Voluntad procreacional?

El art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación dice:

Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Para el ordenamiento jurídico madre es quien da a luz. Por ello, lo controversial de la legislación en este y muchos otros casos que se dirimen en la Justicia es que las gestantes no tienen voluntad de ser madres. Sólo se solidarizaron con el proyecto familiar y deben afrontar un proceso, con lo que trae aparejado a nivel económico y emocional, debiendo litigar para que la legislación no les imponga el vínculo filial. Es evidente, que la voluntad procreacional no se encuentra presente.

² NEUSPILLER, N. (2016). Recuperado el 28-07-2018 de <https://www.argentina.gob.ar/salud/reproduccionasistida>

Más allá de los dilemas éticos que el alquiler de vientres suscita, por un lado, quienes lo consideran un comercio, por otro lado, quienes propugnan que con este método se cosifica a las mujeres. Cosificar a la mujer, alentar su explotación reproductiva y esclavizarla por dinero para alquilarle un órgano con el fin de gestar un hijo para terceros. Desconocer el vínculo que durante nueve meses un bebe establece en el ámbito intrauterino. Esos son algunos de los argumentos por los que un amplio sector de la sociedad cuestiona moral y éticamente que la maternidad subrogada sea una práctica reproductiva aceptada.

Los opositores que los contratos previos entre padres biológicos y la gestante carecen de legitimidad jurídica, en tanto suponen un tipo de comercio que violenta la dignidad de la mujer y sus derechos humanos más fundamentales. Pero, sin embargo, este es el único método al que pueden recurrir por ejemplo dos hombres para ser padres biológicos.

4. La realidad judicial

En la realidad jurídica, la Justicia Argentina viene avalando esta práctica tanto en parejas homosexuales como heterosexuales. Ya son 16 en total los fallos firmes que sentenciaron que padres son quienes tienen la voluntad de serlo y no la mujer que los gestó. Con estos fallos se logra que, los chicos nacidos en úteros subrogados puedan ser inscriptos como hijos de uno o de ambos aportantes de las gametas, desvinculando en la maternidad a la gestante, sin lazos biológicos. Desvinculando del precepto que reza madre es quien da a luz.

En la mayoría de los planteos, sin embargo, se proclamó la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la

Nación. La fundamentación principal es que no está prohibido está permitido.

El foco principal en estos casos son los principios de la no discriminación y de voluntad procreacional, basada en el amor filial y el linaje. Es dable recordad que el anteproyecto del Código Civil y Comercial regulaba la maternidad subrogada, pero fue eliminada del texto definitivo. Hoy los problemas filiatorios quedan sujetos a la discrecionalidad judicial, que debe amparar los derechos de todos los intervinientes, en especial, el interés superior del niño y su derecho a la identidad.

5. Adopción por integración

Si bien los jueces terminan aceptando lo que en la realidad no pueden desconocer, lo cierto es que lo que la ley silencia y termina perjudicando al más débil, a las minorías y a las mujeres que gestan para otros.³(Herrera, 2015)

Desde las Asesorías de Menores, y para no sentar precedente, quieren imponer la figura ya legislada de la adopción de integración y no la de copaternidad, lo que es ridículo ya que supone que un padre debe adoptar a su propio hijo.

En la Sección 4ta del Código Civil y Comercial se legisla la adopción de integración:

³HERRERA, M. Y LAMM, E.(2015); *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, en Bergel, Salvador Darío (Director), Bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Ciudad de Buenos Aires.

Artículo 630.- *Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen.* La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

Artículo 631.- *Efectos entre el adoptado y el adoptante.* La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante:

a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado;

b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

Artículo 632.- *Reglas aplicables.* Además de lo regulado en las disposiciones generales, la adopción de integración se rige por las siguientes reglas:

a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas;

b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes;

c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho;

d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad;

e) no se exige previa guarda con fines de adopción;

f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.

Artículo 633.- *Revocación.* La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

A pesar de que cada vez son más los hombres que optan por este tratamiento, solo pueden acceder quienes tengan los recursos económicos necesarios para trasladarse a otro país y afrontar los costos. Estos avances científicos y médicos generan un debate social, cultural y legal. Esta técnica está cambiando las características de la familia tradicional y abre el abanico en la construcción de las mismas. La polémica que genera la paternidad vía vientre subrogado gira en torno a la identidad de ese niño que está por nacer, a las diversas construcciones familiares y a la comercialización del cuerpo de la mujer; entre otras.

Recientemente, un fallo de características inéditas para los juzgados de Familia de todo el país tuvo como protagonista a la provincia de Córdoba, quien muestra ser pionera en cuestiones vinculadas con la gestación por sustitución a partir de técnicas de reproducción asistida.

La jueza de 1ª Instancia de 4ª Nominación, Dra. Silvia Morcillo, ordenó al Registro Civil y Capacidad de las Personas que inscriba a un niño de cuatro meses de edad con los apellidos de sus papás, un matrimonio de varones. El niño nació por técnica de fertilización in vitro y gestado en el vientre de una mujer que expresó que no tiene voluntad procreadora ni aportó material genético. El embrión que fecundó en su vientre fue producto de la fertilización de un óvulo de banco con espermatozoides de uno de los papás, que están casados desde el año de la Ley de Matrimonio Igualitario, en 2007.

La gestante y los padres asistieron a la audiencia presidida por la jueza Dra. Morcillo, quien hizo lugar a la petición de los tres y ordenó al Registro Civil la inscripción de una filiación derivada de la técnica de reproducción humana asistida⁴.

6. Debate parlamentario.

Por otro lado, actualmente existen dos proyectos de ley que esperan ser tratados por la Cámara de Diputados. Una de las iniciativas regula la denominada gestación solidaria, que busca que cualquier pareja que no pueda tener hijos realice un convenio con una mujer para que le ceda su vientre sin dinero de por medio.

Además, el texto establece que aportará el material genético y deberá ocuparse de todos los gastos médicos de la gestante. También aclara que no podrá hacerse entre cosanguíneos, pero sí entre amigos, conocidos o cualquier persona que esté interesada en colaborar desinteresadamente. La exclusión de cualquier posible pago o compensación se debe a que como

⁴ Entrevista. Recuperado el 20-08-2018 de <https://diariosanrafael.com.ar/fallo-inedito-en-cordoba-permiten-que-una-pareja-de-varones-anote-un-hijo-gestado-por-una-amiga-89976/>

argumento para no regular la figura se alegó que cosifica a la mujer, que alienta su explotación reproductiva y que implica esclavizarla por dinero.⁵

Hasta que haya definiciones legislativas, toda situación de gestación por sustitución debe ser judicializada para lograr la copaternidad al momento de la inscripción del niño.

7. Jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El caso *Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica (Fecundación in Vitro)*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la piedra angular en materia de Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida.⁶

- Por voto de mayoría, se declara que el Estado de Costa Rica, al prohibir la práctica de la fertilización in vitro, violó la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que a través de una protección absoluta al embrión, incurrió en una interferencia arbitraria y discriminatoria en la vida privada y familiar de las víctimas.
- La decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría)

⁵Anteproyecto Reforma Técnicas de Reproducción Humana Asistida (2016)
Recuperado el 01-07-2018 de
http://www.samer.org.ar/pdf/PROYECTO_LEY_ESPECIAL_E_INTEGRAL_DE_TR_HA.pdf

⁶⁶ CORTE IDH, Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

- El derecho de protección a la familia es un derecho tan básico de la Convención Americana de Derechos Humanos que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- El derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- Conforme al art. 29.b, de la Convención Americana de Derechos Humanos, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría)
- Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores

servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

- Las concepciones que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- Sólo al cumplirse la implantación embrionaria se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- El término concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- Antes de la implantación no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana Derechos Humanos (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).
- No es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona, en los términos del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ni del art. 3 de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos, ni del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni de la Convención sobre los Derechos del Niño ni de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

- La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado demandado cuestionada tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de los derechos a la vida privada y familiar y de los derechos reproductivos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV (del voto de los Dres. Franco, MayMacaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

8. Conclusión.

La capacidad de gestar es única y exclusiva de una mujer; es sólo ella quien tiene el derecho a decidir el cómo, el cuándo y el por qué gesta. Igual que desde JSRM hemos reivindicado el derecho a decidir en un sentido de interrupción voluntaria del embarazo, defendemos también que en ese derecho a decidir de las mujeres debiera estar incluido el derecho a decidir si subrogan o no su útero. De lo que se trata aquí es de la libertad de las mujeres, se trata de no poner fronteras ni moralismos a su útero y a su capacidad de gestar, ¿o es que acaso es menos mujer la que no puede quedar embarazada?

El útero de la mujer es sólo de su propiedad y es únicamente ella quien tiene que decidir. Por eso apostamos también a que sea ella quien decida si quiere o no subrogar su útero. No podemos caer en el paternalismo protector del heteropatriarcado que nos intenta dictar, a veces en voz baja y entre los nuestros, que hay cosas que no son permisibles. Generalmente esas cosas tienen que ver siempre con la mujer. La mujer no puede ser algo a fiscalizar, tampoco su capacidad de decidir cuándo y cómo gesta. Tenemos que quitarnos el peso de una sociedad machista que aún considera a la mujer como algo a proteger, débil, que aún le abre la puerta para que pase sin darse cuenta de que la mujer no tiene que pedir permiso; las mujeres hace tiempo que conquistaron el derecho a ser mujeres, sin más calificativos.

La maternidad subrogada comercial y altruista está permitida en: Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Georgia, Armenia, Chipre, India, Tailandia, África del Sur y en los estados norteamericanos de Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts y Vermont. Hay otros países como Australia, Canadá (excepto Quebec), Reino Unido, Países Bajos, Dinamarca, Israel y estados norteamericanos de Nueva York, Nueva Jersey, Nuevo México, Nebraska, Virginia, Oregón y Washington en los que está permitida la maternidad subrogada sólo con fines altruistas, es decir, sin que medie dinero de por medio, con un simple acuerdo entre las partes.

La regulación actual en materia de filiación expresa una discriminación arbitraria basada en la orientación sexual, lo cual atenta no solo contra el derecho a la igualdad y no discriminación, sino también con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sexualidad de cada individuo, y el derecho a formar una familia, condiciones necesarias para el reconocimiento de la dignidad de las personas homosexuales y lesbianas y aquellas no tienen la capacidad de reproducción.

El principio de realidad se impone. Si la gestación por sustitución como técnica reproductiva es una práctica frecuente y en aumento incluso determinadas personas viajan a países donde esta técnica es receptada por sus legislaciones, lo que se dio en llamar turismo reproductivo, quiere decir que existe una urgencia de regularla. No sirve más en nuestros tiempos actuales evadir los problemas jurídicos y sociales, sino que, por el contrario, es necesario enfrentar las problemáticas y debatirlas, para luego regular, siempre regular antes que silenciar⁷.

Finalmente, es fundamental no perder el eje y tener en cuenta que las sociedades, debido a varios fenómenos sociales, económicos, culturales, están compuestas por personas de diferentes culturas, nacionalidades, religiones, status socioeconómico, orientación sexual, es decir que se observa un llamado proceso de multiculturalismo en todas las sociedades. Por ello no se puede imponer a que todos los que habitan en un determinado lugar, tengan las mismas creencias.

Es así que no cabe dudas que se debe regular para todos, de una forma democrática y pluralista, donde sea éste un mundo en donde quepamos todos y no unos pocos, para gozar de los derechos fundamentales que otorgan dignidad a todos los seres humanos.



⁷Melón Pablo. (2016), *La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación.*
<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/La-gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n-como-t%C3%A9cnica-de-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.-La-necesidad-de-una-regulaci%C3%B3n.pdf>

LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL PARADIGMA PROTECTORIO

Ana Lis Palacio *

María Alejandra Zucchini *

1. Introducción

A partir del período de posguerra, se avizoró una evolución y/o modificación de las bases del constitucionalismo tradicional, mediante la incorporación a las constituciones nacionales de los derechos sociales, adoptándose un “Paradigma de lo Social”. En nuestro país, ello se vislumbraba con la incorporación de los derechos sociales en el art. 14 bis de la Constitución Nacional¹. Con la reforma constitucional del año 1994, el reconocimiento de jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, la incorporación del capítulo de los “Nuevos Derechos y Garantías” y la imposición de un nuevo rol al Estado a través de los mandatos contenidos en el art. 75 incs. 18, 19 y 23 de la CN, se acentuó la concepción social y la búsqueda de la igualdad material en concreto.

De esta forma, se dejó atrás el rol pasivo del Estado -propio del modelo individualista- cuyo postulado era el “*laissez faire, laissez passer*”, dando lugar al Estado Social y Democrático de Derecho que debe intervenir para tutelar la igualdad concreta y garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Con dicha reforma se consagró un verdadero sistema protectorio de los derechos fundamentales. En tal tesitura, el artículo 75 inc. 23 de la CN recepta un sistema de protección de ciertos

* Abogada., Universidad Nacional de La Pampa.

* Abogada, Universidad Nacional de La Pampa.

¹ En adelante CN.

grupos vulnerables, imponiendo en cabeza de los distintos poderes del estado la obligación de adoptar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Como dice Berizonce

En la confluencia, precisamente, de los principios dimanantes de los aludidos preceptos (...) se encuentra el anclaje del régimen de tutelas procesales diferenciadas de ciertos derechos y situaciones considerados sensibles en general y de la propia justicia protectora o de acompañamiento.²

El artículo mencionado pone el acento en la protección de grupos vulnerables que específicamente se mencionan, mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad. No obstante, se ha interpretado que dicha mención es meramente enunciativa y no excluyente de otros grupos que requieran de protección especial por su grado de vulnerabilidad.

Este Paradigma Protectorio se encuentra atravesado transversalmente por otros principios también de orden superior tales como la igualdad, no discriminación, acceso a la justicia, reconociéndose como vértice o eje central al derecho a la tutela judicial eficiente; se ha dicho que, *“por definición tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad”*.³

² BERIZONCE, Roberto O., “El Juez acompañante en los procesos de familia”. RDP, 2015-2, PP. 187-212. Pág.5.

³ BERIZONCE, Roberto O., art. cit. pág. 3.

El Código Civil y Comercial de la Nación⁴ responde a esta filosofía, como se ha encargado de manifestar el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en los fundamentos del proyecto “se innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado”. Se han receptado numerosísimas normas que consagran el paradigma protectorio de los grupos vulnerables, que buscan la igualdad real y en concreto, que se hacen eco de los postulados derivados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el presente trabajo nos proponemos únicamente, sin pretender agotar tan vastísima temática, analizar y reflexionar sobre una de tales normas protectorias -el art. 2448 CCyC, que contiene la denominada “mejora estricta” en favor del heredero con discapacidad-, a la luz de los postulados que emanan de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad⁵.

2. La CDPD como sistema protectorio de las personas con discapacidad.

Uno de los microsistemas de protección está dado a las personas con discapacidad por la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad. Bajo su manto se protegen de modo preferente, privilegiado, los derechos de las personas con discapacidad. La CDPD no proclama

⁴ Ley 26.994, que entró en vigencia el 1/08/2015. En adelante CCyC.

⁵ Adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. En nuestro país, fue aprobada mediante Ley N° 26.378 de fecha 21/05/2008. Posteriormente, se le reconoció jerarquía constitucional, en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN, mediante la sanción de la Ley 27.044, de fecha 11/12/2014. En adelante CDPD.

nuevos derechos, sino que reedita los reconocidos en otros tratados internacionales aprobados con anterioridad adaptándolos a las necesidades de las personas con discapacidad.

La CDPD adopta el “modelo social” de la capacidad, en contraposición al “modelo médico” que ponía el acento en las insuficiencias físicas o mentales de la persona, considerándolas como un objeto a tutelar. El “modelo social” entiende que es el entorno en el que la persona con discapacidad desarrolla su vida el que discapacita, ya que la estructura social, en todas sus manifestaciones (política, cultural, civil, económica, etc), no se ajusta a las circunstancias de la persona, obstaculizando el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad con los demás.

“Si los obstáculos no son la discapacidad en sí misma, sino más bien una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos que las personas con discapacidad se encuentran en sus vidas diarias, la estrategia para promover sus derechos consiste en adoptar las medidas necesarias para identificar y eliminar esos obstáculos determinados socialmente que bloquean los accesos (art.9 de la CDPD), a la luz de los principios generales establecidos en el art.3 de la Convención”⁶.

3. La recepción del nuevo paradigma en nuestro derecho interno.

En el estadio actual en que se encuentra nuestro país, se advierte que estamos en una etapa de transición, de adopción del nuevo paradigma referido a los derechos de las personas con discapacidad. El puntapié inicial lo dio la incorporación de la CDPD al bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 de la CN y Ley N° 27.044). Dicho cambio normativo da cuenta de un

⁶ Observación General N° 9 (2006) del Comité de los Derechos del Niño (5).

cambio más profundo, de un cambio de modelo, dejándose atrás el modelo asistencialista y/o de rehabilitación vigente durante muchos años, el cual se caracterizaba por desconocer el derecho inalienable de la persona con discapacidad a decidir y gobernar su propia persona, a ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con las demás de la comunidad. Más aún, si la discapacidad afectaba la salud mental de la persona, en el entendimiento de tal padecimiento era consecuencia de un elemento puramente biológico, dicho modelo operaba un sistema sustitutivo de su voluntad, procediendo lisa y llanamente su declaración de incapacidad y la designación de un curador.

Este subsistema regulatorio, que en el derecho infraconstitucional viene de la mano de la Ley de Salud Mental N° 26.657 y, del nuevo CCyC, adopta un nuevo modelo, un *modelo de derechos* o de reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos para todas las personas, incluyendo a aquellas con discapacidad. Esta nueva impronta se condice con el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y se enfoca a la afirmación de un sistema que permita el acceso irrestricto y el ejercicio de los derechos a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con aquellas que no tienen tal cualidad. Y tratándose de la salud mental de las personas, el nuevo modelo -denominado social-, recepta un concepto bio-psico-social, estando fuertemente influenciado por el medio social/cultural de la persona⁷ en el cual tiene derecho a no ser discriminado ni identificado por un padecimiento mental actual o pasado, y cuyo

⁷ El art. 3 de la Ley N° 26.657 establece: “ En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.(...)”.

diagnóstico no puede basarse en la mera existencia de un antecedente de tratamiento u hospitalización⁸.

El nuevo paradigma antes mencionado parte del reconocimiento de la capacidad de todas las personas y que, a todo evento, la misma debe restringirse lo estrictamente necesario, permitiendo para todo lo demás el ejercicio libre, personal y efectivo de los derechos.

La recepción del nuevo paradigma en nuestro derecho interno ha instado al legislador a repensar las distintas soluciones que puede brindar nuestra ley de fondo a las personas con discapacidad a los fines de adaptar a dicho cuerpo normativo a las obligaciones internacionales asumidas.

No pretendemos esquematizar, por ser ajeno al presente trabajo, todas las reformas del CCyC en materia de discapacidad. Pero de lo que no cabe duda alguna es que la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad se convierte en uno de los pilares de los que se nutre una buena parte de las reformas contenidas en este cuerpo normativo.

En ese orden -y a fin de introducirnos en la temática a tratar- una de las innovaciones que prevé el nuevo CCyC y que surge ante la necesidad de reforzar la tutela en el orden sucesorio de este grupo vulnerable, se ha previsto expresamente la posibilidad de mejora en favor del heredero con discapacidad (art. 2448 del CCyC), con la finalidad de paliar los riesgos que emanan por su condición de vulnerabilidad en el supuesto de discapacidad ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

De esta forma, tal como veremos, se creó un instituto en el ámbito netamente patrimonial pero que responde a los principios del derecho humanitario emanados de la CDPD.

⁸ Confr. arts. 3 y 7 de la Ley 26.657.

4. El derecho sucesorio en relación a las personas con discapacidad.

La CDPD establece, en su artículo 12, que

Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes.

En consecuencia, los Estados Parte de la convención deben respetar dicho piso mínimo al regular -en materia sucesoria- tales derechos por parte de una persona con discapacidad, previendo normas de protección y apoyo y flexibilizando aquellas que supongan una barrera para el ejercicio de los derechos sucesorios en igualdad de condiciones con los demás, más aún cuando el causante era la personas que lo asistía y proveía sus necesidades.

Como sabemos, nuestra ley de fondo contiene normas de orden público en materia sucesoria, tales como las que establecen el régimen de la legítima y los órdenes sucesorios, las cuales limitan la libre disposición de sus bienes por parte del causante, restringiendo consecuentemente la posibilidad de protección especial hacia ciertos grupos vulnerables.

No obstante ello, el art. 2448 del CCyC prevé una tutela diferenciada al establecer:

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible,

de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Esta norma, que tiene sus antecedentes en el derecho español⁹, introduce un sistema novedoso de protección al prever la posibilidad de “mejora estricta” en favor del heredero ascendiente o descendiente con discapacidad, abarcando un doble aspecto cualitativo y cuantitativo, previendo una ampliación de la porción disponible en caso de darse el presupuesto legal. En rigor de verdad, a la porción que le corresponde al heredero con discapacidad, se le suma la mejora.

El fundamento último de esta norma es proteger de manera especial a la persona con discapacidad ante la muerte de la persona que lo cuidaba y asistía a sus necesidades, asegurando en la medida de las posibilidades su propio futuro y sustento.

De esta forma, se recepta de manera evidente y palmaria una excepción al principio de intangibilidad de la legítima, tal como surge expresamente del art. 2493 in fine del CCyC respecto del fideicomiso testamentario; ello, en función del principio de solidaridad familiar. Asimismo, la nueva regulación se ha hecho eco de la tendencia del derecho hereditario moderno ya marcada por la doctrina que pregona una mayor flexibilidad y margen de disponibilidad a fin de permitir una mejor tutela de los derechos humanos.

⁹ Los antecedentes de protección patrimonial de las personas con discapacidad surgen de la Ley N° 41 de 2003 que modificó el Código Civil español.

Ahora bien, tal como surge de la norma bajo análisis, la mejora se puede realizar por el medio que el causante/testador estime más conveniente. Así, se ha dicho que

“...Procedería, por ejemplo, a través de un legado de bienes determinados (art. 2498 CCyC) o de alimentos (art. 2509 CCyC), de la cuota de mejora específicamente contemplada (1/3 de la legítima), determinando el goce de uso (art. 2154 CCyC), el usufructo (art. 2129 CCyC) o habitación (art. 2158 CCyC) de ciertos bienes, la indivisión forzosa de un bien (art. 2330 CCyC) y cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquella”¹⁰.

Sin perjuicio de la bondad de la norma, pueden resaltarse a su respecto algunas cuestiones.

a) *Ausencia del cónyuge supérstite*. Tal como surge del artículo bajo análisis, los beneficiarios de la mejora pueden ser ascendientes o descendientes únicamente, excluyendo al cónyuge con discapacidad. Si bien alguna doctrina ha justificado dicha exclusión en los beneficios que el mismo código prevé favoreciendo al supérstite, tales como la posibilidad de solicitar la indivisión de la herencia por un plazo de 10 años (art. 2332, primer párrafo, del CCyC); el derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante que

¹⁰ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, y PICASSO, Sebastian, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Diciembre de 2015, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; comentario al art. 2448, pág 193.

constituyó el último hogar conyugal (art. 2383 del CCyC); concurre como un heredero más respecto de los bienes propios del causante (art. 2433 del CCyC); lo cierto es que tales beneficios resultan del matrimonio y no de condición de vulnerabilidad alguna (que supone la discapacidad), como se pretende al proteger a los legitimarios ascendientes y descendientes; “... *que sea favorecido con otros derechos, no supone que no lo sea con el beneficio que representa la mejora a que alude el art. 2448*”¹¹. Por ello, coincidimos con quienes manifiestan que la norma resulta en tal aspecto discriminatoria, al dejar en estado de desprotección al cónyuge con discapacidad, marcándose una inequidad con relación a los restantes legitimarios.

b) Definición de discapacidad. El art. 2448 del CCyC adopta una definición de discapacidad basada en el modelo médico rehabilitador por oposición con la receptada en la CDPD. Ello así, la norma pone el acento en las deficiencias físicas o mentales de la persona como causas de la discapacidad en contraposición con los postulados del modelo social conforme al cual es el entorno en el que la persona desarrolla su vida, en cualquiera de sus manifestaciones económicas, sociales, culturales, el que discapacita.

c) Prueba de la discapacidad. Por su parte, el artículo mencionado no exige la acreditación judicial de la discapacidad ni del grado de la misma y tampoco determina el momento en que ella debe presentarse, esto es, si al momento de testar o al de la muerte del causante. Entendemos que ello puede llegar a generar una cierta litigiosidad y, a todo evento, los restantes herederos legitimarios pueden interponer las acciones respectivas en caso de considerar que no existe la pretendida discapacidad o que la misma no

¹¹ PEREZ GALLARDO, Leonardo B., “*La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el Nuevo Código Civil y Comercial*”. Cita on line: AR/DOC/2042/2015.

se mantiene al momento de la apertura del proceso sucesorio. En tal supuesto, el CCyC no prevé acciones específicas, pero consideramos que, en virtud del principio de inviolabilidad de la legítima, podrían interponer las acciones de reducción y complemento. Similar cuestión podría suscitarse si la discapacidad del beneficiario desaparece en forma posterior al proceso sucesorio del causante, lo que podría implicar que los restantes herederos interpongan tales acciones con el fundamento de que ha desaparecido la circunstancia de hecho que plantea la norma, por lo que la mejora carece de sustento fáctico, correspondiendo su “devolución”.

d) *Según la voluntad del testador.* Una cuestión no menor es que la norma mencionada sólo opera por voluntad del testador y en los términos y alcances por él dispuestos¹². Por lo que sin perjuicio de que puede juzgarse como una herramienta muy valiosa en el caso de que sea utilizada, lo cierto es que no resulta obligatoria ni existe alguna forma alternativa de garantizar protección del heredero con discapacidad, quien puede verse perjudicado no sólo por la falta de previsión de la persona que lo cuidaba y/o sustentaba, sino también por desinformación o falta de asesoramiento, sumado a que nuestro país tiene una escasa cultura testamentaria y que nos encontramos ante una figura nueva en nuestro derecho y poco conocida para el ciudadano común. Es aquí donde entendemos que resulta indispensable la presencia de un Estado activo, a través de sus distintos poderes, que realice acciones positivas de tutela para la persona con discapacidad que se encuentre en estado de desamparo. Ello no debe interpretarse como una mera facultad sino como un deber derivado del mandato constitucional establecido en el art. 75 inc. 23 de la CN, tal como manifestáramos en la introducción al presente trabajo. En este sentido,

¹² Al establecer que “*El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente...*”.

consideramos que el art. 2448 del CCyC, si bien resulta un gran avance en nuestro derecho a la luz de los mandatos de la CDPD, resulta insuficiente al no establecer ninguna norma protectoria para el caso de que la mejora estricta no haya sido prevista por el testador de manera expresa.

e) *Protección del heredero con discapacidad.* Como mencionáramos, el art. 2448 del CCyC establece la mejora estricta para el heredero ascendiente o descendiente con discapacidad. De esta forma, se introduce una norma de protección para una persona en condición de vulnerabilidad en razón de su discapacidad, en armonía con la tutela pregonada por las Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad¹³. No obstante, no podemos omitir la observación de que la nueva ley de fondo no prevé tutela especial para otras personas igualmente vulnerables, como pueden ser los niños, ancianos, mujeres, personas sin recursos económicos, inmigrantes, etc, de conformidad con las causas de vulnerabilidad que surgen de las reglas 3 y 4 del instrumento antes mencionado. Más aún, se puede llegar al absurdo de forzar las circunstancias fácticas a los fines de que, por ejemplo, un anciano únicamente pueda verse beneficiado si se acredita a su respecto alguna “discapacidad”. Al restringir los sujetos beneficiarios a aquellos legitimarios con discapacidad, se reduce significativamente la virtualidad de la norma respecto de los sujetos que pueden resultar favorecidos.

f) *Concurrencia del heredero con discapacidad con otros coherederos:* El CCyC establece (al igual que el régimen anterior) que los ascendientes del causante heredan “a falta de descendientes...”¹⁴. En otras palabras, en caso de coexistir descendientes y ascendientes, estos últimos resultan excluidos

¹³ Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizadas en el año 2008 en Brasilia, Brasil, y receptadas mediante Acordada 5/2009 de la CSJN, por lo que son obligatorias para nuestro país. En adelante “Reglas de Brasilia”

¹⁴ Cfr. arts. 2426 y 2431 del CCyC.

de la sucesión. Por ello, es de resaltar que el art. 2448 del CCyC no soluciona la cuestión en el caso de que coexistan descendientes del causante con un ascendiente u otro familiar con discapacidad. Si nos atenemos al texto expreso de la norma el ascendiente con discapacidad quedaría totalmente desamparado y posiblemente sin sustento alguno, salvo que el testador destine a su respecto la porción disponible de su herencia (1/3 del acervo). Salvo dicha previsión expresa, no existiría una sola norma de protección.

Por todo lo expuesto, resaltamos nuevamente que, sin dejar de reconocer lo meritorio del artículo analizado, se advierte que las normas del CCyC resultan harto insuficientes para regular todos los casos de familiares con discapacidad a los fines de tutelar de sus derechos humanos en función de la solidaridad familiar.

5. Conclusión

Debemos destacar que la generalidad de la doctrina ha visto de modo muy favorable la inclusión del art. 2448 al CCyC dado que importa una cierta flexibilización al sistema de la legítima en pos de tuición de las personas con discapacidad sobre la base de la acreditación de las circunstancias de hecho que plantea la norma, y con miras a brindar una protección especial al heredero que lo necesita por padecer una discapacidad, paliando la apremiante situación de inestabilidad económica que pueda sufrir tras el fallecimiento de quien era en vida su sustento.

Asimismo, la inclusión de dicha norma se ajusta a los parámetros mínimos que surgen del art. 12 de la CDPD, reconociendo su derecho a la propiedad y a heredar en igualdad de condiciones con los demás y, en este

caso, pueden ver mejorada su situación en relación a los demás, como consecuencia de la aplicación de la mejora estricta.

También observamos que el art. 2448 del CCyC es un mecanismo legal que tiende a efectivizar la accesibilidad universal al ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad que tanto pregona la CDPD. Pero entendemos que, tal como ha sido previsto, es decir, con el alcance y las cuestiones resaltadas en el punto precedente, no resulta suficiente para garantizarles una tutela efectiva.

La mera circunstancia de que la norma resulte aplicable únicamente cuando así haya sido prevista por el causante, que puede dejar sin protección a un heredero con discapacidad si exista otro legitimario que lo excluya, o la irrazonable desprotección al cónyuge con discapacidad, hacen que propongamos la reflexión respecto de la solución legal dada y el consecuente el replanteo de tal normativa, so pena de poder ser declarada inconstitucional o, antes bien, anticonvencional por ser discriminatoria, en los términos de lo normado por el art. 2 de la CDPD, con el riesgo de incurrir la República Argentina en responsabilidad internacional.

Además, en razón de las observaciones realizadas, consideramos que aún nos queda un camino por recorrer para culminar de delinear los alcances de la norma involucrada. Y en esta tarea serán la doctrina y la jurisprudencia quienes deberán dar respuesta a los interrogantes planteados, cuya visión deberá moldearse a los principios constitucionales receptados, pues la nueva visión del rol de los jueces, en su rol activista y protector, los convierte en jueces de los derechos humanos.

□

Victoria Santesteban *

1. Introducción

El presente estudio tiene por objeto la descripción de la figura del femicidio, de reciente incorporación al Código Penal Argentino. Para ello, será menester una previa aproximación conceptual al vocablo femicidio/feminicidio, para luego graficar la figura penal contenida en la legislación argentina. Por último, se transcribirán pasajes de sentencias de tribunales patrios a fin de ilustrar la aplicación de la figura estudiada.

2. Violencia de Género y Femicidio

La violencia contra la mujer es el resultado de milenios de sociedades patriarcales. Nuestros ancestros desarrollaron sociedades donde el sometimiento de las mujeres y la autoridad del hombre eran cosas probadas. De hecho, la relación hombre-mujer se entiende en términos de jerarquía y de dominio.¹

El patriarcado viene heredado de tiempos remotos, y su vigencia actual hace que la violencia contra la mujer en todas sus formas constituya un flagelo de pendiente erradicación.

* Abogada (UBA) Escribiente en Oficina de Violencia Doméstica y de La Mujer, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa.

¹ KIPEN, A; CATERBERG, M. (2006) *Maltrato. Un Permiso Milenario. La Violencia contra la Mujer*, Intermon Oxan, Barcelona.

Las mujeres han sido y son objeto de múltiples formas de discriminación que violan los principios de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el Comité CEDAW) identificó la violencia basada en el género como una de las manifestaciones de la discriminación cuya causa principal es la desigualdad de género, esto es, las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres.

La violencia contra la mujer presenta características comunes: se funda en una cultura de violencia y discriminación basada en el género, en la subordinación e inferioridad de las mujeres; no son casos aislados, esporádicos o episódicos, sino que responden a una situación estructural, a un fenómeno social y cultural enraizado en costumbres y mentalidades.

Según registros de la Organización de Naciones Unidas, a nivel mundial, hay una mayor conciencia sobre las numerosas formas y manifestaciones de ese tipo de violencia, la complejidad de sus causas, el aumento preocupante de su prevalencia en algunos contextos, y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas, pero también para sus familias, la comunidad y la sociedad en su conjunto.

3. Definiciones

La Organización de las Naciones Unidas define la violencia contra la mujer como todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada.

La Convención de Belém Do Pará entiende por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte,

daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Conforme la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006, la violencia contra mujeres y niñas es una de las violaciones a los derechos humanos más sistemáticas y extendidas. Está arraigada en estructuras sociales construidas en base al género más que en acciones individuales o acciones al azar; trasciende límites de edad, socio económicos, educacionales y geográficos; afecta a todas las sociedades; y es un obstáculo importante para eliminar la inequidad de género y la discriminación a nivel global.

En el ámbito nacional, la ley 26.485 establece que la violencia contra la mujer comprende 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.

La tipificación del delito de femicidio –concepto teórico y político que pretende visibilizar la forma en que ciertas muertes se inscriben en la estructura de relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres²–, es el ejemplo más elocuente de la reciente tendencia latinoamericana de combatir desde la legislación la violencia de género.

En la traducción aparecieron dos tendencias: femicidio y feminicidio, lo que ha generado diversas discusiones en América Latina. Hasta el momento no existe consenso al respecto.

² HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZONES DE GÉNERO: FEMICIDIOS Y CRÍMENES DE ODIO. Análisis de la aplicación de la ley 26.791 Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) 2016, documento disponible en www.pensamientopenal.com.ar

El término femicidio comienza a utilizarse en República Dominicana en los 60 y como consecuencia del asesinato de las hermanas Mirabal (Minerva, Teresa y Patricia) En noviembre de 2012, en el marco del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en un simposio sobre femicidio organizado por Naciones Unidas, Russel reabrió el debate sobre qué terminología a utilizar: femicidio o feminicidio y optó por femicidio como término más adecuado.

El término Femicidio o Feminicidio es el resultado de un extenso trabajo de la academia feminista, en confluencia con los procesos de denuncia y visibilización del fenómeno que venía sosteniendo el movimiento feminista, familiares de víctimas y activistas de derechos humanos.

Toledo Vásquez señala que encuentran su antecedente directo en la voz inglesa *femicide*, utilizada por primera vez por Diana Russell en el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, en Bruselas, en 1976. Russell y Jane Caputi, en 1990 publican el artículo “Femicide: Speaking the Unspeakable” en la revista Ms., texto que en 1992, formaría parte del libro “Femicide: The Politics of Woman Killing”, de Diana Russell y Jill Radford. Las autoras refieren a los asesinatos de mujeres cometidos por razones de género o por el hecho de ser mujeres, siendo que al traducirse el termino al castellano, ha habido dos tendencias: como femicidio o feminicidio.

El vocablo femicidio ha sido definido como la muerte violenta de mujeres, por el hecho de ser tales, o el asesinato de mujeres por razones asociadas a su género, mientras feminicidio habría surgido en el entendimiento de que la voz femicidio sería insuficiente para dar cuenta de

dos elementos: la misoginia –odio a las mujeres- presente en estos crímenes y la responsabilidad estatal al favorecer la impunidad de estos.³

En el concepto de femicidio de Russel se incluyen la lapidación hasta la muerte de la mujer, que puede considerarse como una forma de tortura-femicidio, asesinatos de mujeres en nombre del honor, estupro, asesinatos de mujeres y niñas por sus parejas y/o familiares, muertes como resultado de mutilaciones genitales femeninas, esclavas sexuales, trata de mujeres y mujeres prostituidas asesinadas por sus apropiadores, mujeres muertas por extraños misóginos, por conocidos, por asesinos en serie.

Otra característica que define al femicidio es que no se trata de un hecho aislado en la vida de la mujer: se presenta como un punto final de una continuidad de terror, que incluye agresiones verbales, físicas, psicológicas, sexuales, económicas; a una variada gama de manifestaciones de violencias y privaciones a las que las mujeres son sometidas a lo largo de sus vidas. Siempre que estos abusos importen la muerte de la mujer debe entenderse como femicidio.

El concepto de femicidio abarca además de las definiciones legales de asesinato, a las situaciones en las que las mujeres corren el riesgo de morir a causa de actitudes misóginas o prácticas sociales. Ejemplo de ello es la mujer que muere como consecuencia de un aborto ilegal.⁴

³ CENSORI, L. (2016) *El delito de Femicidio y su Constitucionalidad*, Revista Pensamiento Penal, www.pensamientopenal.com.ar, consultada el 20/12/2016.

⁴ RAMOS DE MELLO, A (2016). *Femicidio: un análisis criminológico – jurídico de la violencia contra las mujeres*, Revista Pensamiento Penal, www.pensamientopenal.com.ar, consultada el 20/12/2016.

4. Clasificación de Femicidios

A nivel doctrinario, puede leerse la clasificación de los femicidios en función de las circunstancias, contexto o sujetos activos y/o pasivos que configuran el ilícito:

a) *Femicidio familiar (o íntimo)*: importan los homicidios cometidos por un hombre con quien la mujer víctima tenía en el momento de los hechos, o tuvo en un momento anterior, alguna relación de pareja o de análoga afectividad al matrimonio o noviazgo, o alguna relación familiar o de parentesco por consanguinidad o afinidad.

b) *Femicidio no familiar (o no íntimo)*: incluyen los homicidios cometidos por un hombre con quien la víctima mujer nunca mantuvo ninguna relación de las referidas anteriormente, aunque puedan existir o haber existido otras como de vecindad o de ser compañeros de trabajo, relación laboral subordinada o ser el agresor cliente sexual de la víctima, incluyendo también en este concepto, los femicidios provocados por explotadores sexuales u hombres de grupos armados u organizados.

c) *Femicidio por conexión*: refiere a las mujeres que fueron asesinadas "en la línea de fuego" de un hombre cuando trataba de matar a otra mujer; se da en aquellos supuestos en que la víctima lo es una mujer que acudió en auxilio de otra que está siendo atacada por un hombre y queda atrapada en esa acción femicida, provocándole la muerte.

Junto a esta clasificación general del femicidio, encontramos que, dentro de la categoría de femicidio no íntimo, distingue entre feminicidio sexual sistemático (organizado o desorganizado) y feminicidio por ocupaciones estigmatizadas. Por femicidio sexual se entienden aquellos

casos en los que se da muerte a la mujer tras haber ejecutado sobre ella, el autor o autores, aberrantes agresiones sexuales⁵.

5. El delito de Femicidio en la legislación argentina

La ratificación de Tratados de Derechos Humanos ha importado a nivel nacional el cumplimiento con la letra de tales pactos. En lo atinente a la erradicación de la violencia de género, en 1996 Argentina ratifica la *Convención de Belém Do Pará*. La convención ordena a los Estados firmantes a tomar medidas conducentes a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer; y en esta línea el dictado de normativa penal destinada a sancionar actos atentatorios contra la mujer da cuenta del cumplimiento con lo pactado en sede internacional.

Entre las medidas legislativas que contienen tal objetivo se mencionan la ley 26.845 de 2009, de protección integral a la mujeres, y la ley 26.791, de 2012, que introduce una serie de modificaciones en la tipificación de los homicidios calificados en el Código Penal, incorporando como inciso 11 la figura del femicidio / feminicidio, modificándose consecuentemente la regulación de la emoción violenta, las lesiones y el abuso de armas.

Con anterioridad a la sanción de la ley 26.791, el homicidio no se agravaba por la existencia de violencia de género anterior, recayendo tal delito en la figura del homicidio simple, en los términos del art. 79 del CP. Más aún, si había una relación de pareja, y esta no había contraído matrimonio, el delito también recaída en la figura simple (inc. 1ro del art.

⁵ LLAMAS, N. (2016) *Femicidio: un análisis de género u epistemología*, Revista Pensamiento Penal, www.pensamientopenal.com.ar

80). Lo mismo ocurría en el caso de que el homicidio se produjera por motivos de discriminación de género, ya que sólo se agravaba por odio racial o religioso (inc. 4to del art. 80).

De esta manera, la ley 26.791 introdujo reformas en los incisos 1°, 4°, 11° y 12° del artículo 80 del Código Penal. Su actual redacción estipula:

Artículo 80. Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1°: A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.

La reforma amplía el ámbito de aplicación del homicidio agravado por el vínculo: incluye no sólo a las parejas casadas sino que comprende todos los vínculos de pareja, vigentes o concluidos, haya mediado o no convivencia.

4°: Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Esta modificación amplió el catálogo de crímenes de odio para tutelar a grupos especialmente victimizados por cuestiones de género y orientación sexual, como las lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, travestis, transgéneros, e intersexuales (LGBTI).

11°: A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género.

Este inciso incorpora el femicidio como una figura agravada del homicidio. El femicidio de esta manera se caracteriza por su formulación diferenciada en función del género del sujeto activo y del sujeto pasivo: es un delito propio que sólo puede cometer un varón contra una mujer. Además, incluye la violencia de género como elemento definitorio del delito, para comprender todos los homicidios de mujeres perpetrados por varones que reflejan la desigualdad de poder estructural existente entre ambos grupos.

12°: Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°.

Este inciso tipifica el llamado "femicidio vinculado". Su inclusión pretendió abarcar la muerte perpetrada por un femicida para castigar o destruir psíquicamente a una mujer sobre la cual ejerce la dominación.

6. Jurisprudencia reciente sobre Femicidios.

- En el caso se pudo establecer a través del desconocimiento que Azcona tenía de la víctima, de la forma en que espera que alguien que tuviera determinadas características saliera de la boca de subte, y las referencias que sobre lo femenino hicieron los expertos, dan cuenta de que el homicidio fue realizado hacia una mujer y motivado por su condición de tal. En consecuencia, ello permite, luego de descartar el agravante del art. 80.4 CP, tener por acreditado el del art. 80.11 CP. (Tribunal Oral en lo Criminal N° 15

de la Capital Federal, causa N°43.587/2014, 21 de noviembre de 2016)

- La figura del femicidio no ve limitado su ámbito de aplicación al contexto íntimo o personal que se pretende. En primer lugar el vínculo preexistente no configura un requisito típico, el texto de la ley sanciona “al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”. En segundo lugar comparto con el a quo que si la voluntad del legislador hubiese sido la de capturar solo los homicidios cometidos por hombres en el marco de relaciones pre-existentes, en un contexto de violencia doméstica, intrafamiliar o vincular le hubiera bastado con la modificación del inciso 1° del artículo 80 del Código Penal, en cuanto amplió el concepto de vínculo. La violencia de género tampoco se reduce a casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, si no que surge como un emergente de una situación estructural de dominación y desigualdad de fuerte arraigo social y cultural. (Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, “Recalde, Rubén Rodolfo s/ Recurso de Casación”, Causa N° 72975 26 de abril de 2016).
- Sabemos que desde fines del año 2012 se incluyeron dentro del catálogo punitivo los denominados delitos de género (Ley 26791, BO: 14/12/2012) y, entre ellos, la figura autónoma del femicidio (Art. 80 Inc. 11° CP). Lo que distingue a esta figura de cualquier otra en la que se ejerza violencia sobre la víctima para vulnerar cualquiera de sus bienes jurídicos y específicamente contra el interés superior que representa la vida dentro de nuestra escala de valores, es precisamente que esta muerte la ejecute un hombre en perjuicio de una mujer, y que esta conducta se produzca dentro de un contexto especial de dominio, de poder, de discriminación o de desprecio hacia el sexo femenino. (Cámara Penal de Segunda

Nominación de la Provincia de Catamarca, “H., M. A.”, 6 de julio de 2015)

- El femicidio es, en sí mismo, la expresión extrema de la violencia de género por cuanto implica la negación de la vida misma. Pero en el caso se manifiesta además como el final de un proceso de violencia que se ha prolongado en el tiempo adquiriendo múltiples expresiones, humillaciones, amenazas, golpes, extorsiones, malos tratos e insultos, que se han multiplicado a lo largo de los años, provocando múltiples intervenciones institucionales. (Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal, causa 3674, 8 de agosto de 2012).

7. Conclusiones.

El femicidio constituye la manifestación más extrema de violencia contra la mujer. Y es expresión de un legado cultural machista que perpetúa y legitima la dominación del hombre hacia la mujer.

El siglo XX y el actual siglo XXI son escenarios de cambios sociales que han logrado plasmarse jurídicamente en normas que velan por la protección de la mujer, en el entendimiento de sujeto históricamente vulnerado. En este contexto, normas internacionales han obligado a los Estados a incluir en sus prácticas internas la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

En Argentina, la ratificación de la Convención de Belém Do Pará obligó al Estado a tomar medidas de esta índole, y en el plano legislativo se destacan las leyes 26.485 de Protección Integral de la Mujer, y la ley 26.791 que incorpora la figura del femicidio al Código Penal, como un agravante

del delito de homicidio. De esta manera, el derecho patrio contiene actualmente una figura penal receptiva de la violencia de género, contemplando como agravante en el tipo penal homicidio si la víctima es mujer y el autor ha tenido relación vincular con ella (femicidio íntimo); si el móvil del autor radica en sentimientos de odio de género (femicidio no íntimo); o si la muerte de una mujer es consecuencia de violencia de género (inc. 11).



ANEXOS

**PROTOCOLO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA EN AUDIENCIA Y
GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS**



**PROTOCOLO PARA LA DIRECCIÓN
DE ACTUACIONES JUDICIALES ORALES**



*Aprobados en la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial
Iberoamericana, Quito, abril de 2018*

I- PROTOCOLO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA EN AUDIENCIA Y GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

1. INTRODUCCIÓN

La implementación de Juicios Orales por audiencias en los países iberoamericanos ha sido y responde al resultado de la evolución del sistema procesal judicial, generado como un medio para agilizar la impartición de justicia, esto con base en las reformas a los diferentes Códigos Procesales de la región, que establecen diferentes etapas y plazos (Fijación de la Litis, Audiencia preliminar, Audiencia de juicio, Audiencia de Continuación de Juicio, Sentencia y Ejecución). La función jurisdiccional de los servidores judiciales que intervienen en dichos procedimientos jurisdiccionales, requieren un profundo análisis e intercambio de experiencias regionales, en cuanto a su aplicación con el objetivo de facilitar un mecanismo estándar que permita su evolución dentro de la gestión jurisdiccional de la región iberoamericana.

El Protocolo Iberoamericano de Justicia en Audiencia y la Guía de Buenas Prácticas parten de la necesidad de identificar, diagnosticar y replicar las nociones que permiten se cuente en Iberoamérica con un proceso oral por audiencias donde se observen los principios de publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración, y el rol del Juez en los procesos orales, definiendo un escenario general útil para las prácticas llevadas por los países de la Cumbre Judicial Iberoamericana, complementándolo con un conjunto de herramientas prácticas que permitan al personal de los Juzgados o Tribunales realizar su tarea de manera eficaz y eficiente, lo que complementa las buenas prácticas, que resultan en un mejor

entorno de trabajo y una mayor productividad, todo ello con menos esfuerzo y mayor eficacia.

La oralidad ha sido tratada en varias ediciones de la Cumbre Judicial Iberoamericana, así en la Declaración de Cancún (2002) se aprobó que “Todas las personas del ámbito judicial iberoamericano tienen derecho a que los procesos se sustancien dentro de un plazo razonable. Los Poderes y Organismos Judiciales asumimos el compromiso de promover la conversión de esta afirmación en norma expresa en los respectivos Derechos internos, para lo cual se realizarán acciones que permitan (...) Simplificar los procedimientos fortaleciendo los principios de oralidad, concentración e inmediación y desestimulando el ejercicio de recursos que tiendan a la dilación procesal”. En este mismo sentido en la Declaración de Brasilia (2008) se afirma que la oralidad en los procesos, debe ser entendida como el desarrollo verbal de los trámites, sin perjuicio de su documentación, es actualmente motivo de especial atención por parte de los poderes públicos de una gran parte de los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Adicionalmente en la Declaración de Montevideo (2010) se reconoce la necesidad de evaluar en el campo los resultados efectivos de las experiencias de oralidad. Finalmente la Declaración de Buenos Aires (2012) reconoce que se debe estimular la creación y fortalecimiento de las reglas procesales que permitan una tutela judicial ambiental efectiva, con procedimientos ágiles y abiertos, que incorporen mecanismos adecuados de protección, tales como medidas tutelares flexibles, legitimación procesal amplia, procedimientos orales y breves con amplios poderes del juez y de herramientas adecuadas. De lo anterior se desprende que la oralidad es un tema que ha estado presente en varias declaraciones de la Cumbre Judicial Iberoamericana tratada a través de diferentes enfoques, con lo cual, tanto el Protocolo como la Guía que se proponen en este trabajo, plasman las aspiraciones expresadas.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 La Administración de Justicia y el Proceso por Audiencias

La administración de justicia es un elemento imprescindible en el desarrollo de toda sociedad, la cual utiliza como una de sus herramientas para cumplir su propósito al procedimiento que establece el ordenamiento jurídico. Así, el instrumento para realizar la función de juzgar es el proceso, es decir donde se juzga y permite que se ejecute lo juzgado. Por lo tanto el proceso judicial no sólo es un elemento para la aplicación de la normativa, sino es un sistema interrelacionado de garantías, que buscan establecer fórmulas de acuerdo para los problemas que nacen del conflicto.

La administración de justicia no puede ser entendida sin contar con esta perspectiva procesal. Bajo este enfoque, si se parte de la necesidad de fortalecer la justicia en Iberoamérica, se puede determinar que una herramienta que permite se genere un avance en el desarrollo de derechos es la adopción del proceso oral, el cual, para afianzarse, debe fortalecer los aspectos técnico-jurídicos que permitan llegar a contar en toda Iberoamérica con un sistema de administración de justicia eficaz y eficiente, en función de las características propias de los países integrantes.

• El Proceso Judicial

En todo supuesto de violación de un derecho puede recurrirse a la protección del Estado que actúa por medio de los órganos, en los cuales ha delegado su función jurisdiccional. Desde esta perspectiva Calvino (2008:39-40) sostiene que el proceso jurisdiccional debe ser considerado como un

método, que permite mantener la paz social ya que es el instrumento idóneo para conseguirla. Entonces resulta indispensable que el Estado fortalezca su capacidad jurisdiccional por medio del proceso, con la finalidad de llegar a la realización social en relación con el conflicto de sus ciudadanos.

Desde que esa protección se invoca por la interposición de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción hasta que el juez la acepta o la niega en la sentencia, media una serie de actos llamados de procedimiento cuyo conjunto de pasos toma el nombre de proceso (Couture, 1987:78). Aunque el término proceso es más amplio (Escobar, 2010:39), porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que juicio, supone una controversia, es decir, una especie dentro del género. Entonces se ratifica la necesidad de fortalecer el proceso judicial en todas sus etapas y por medio de mecanismos idóneos.

Así por ejemplo, Alsina (2001:152) argumenta que un proceso eficaz permite que a través de la demanda, el actor afirme la existencia de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo de un derecho, que luego por medio de la prueba, usará al proceso para justificar su pretensión; mientras que el demandado, por su parte, tiene que oponer sus excepciones y así hacer valer sus derechos dentro del proceso. El juez es quien provee, por medio de su actuación, las peticiones de las partes litigantes, interviene en el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas y, clausurado el debate, pronuncia su sentencia porque tiene la función pública encaminada al mantenimiento del orden jurídico determinado en las leyes sustanciales. Pero ni las partes ni el juez proceden arbitrariamente, ni sus actos son independientes, sino que están condicionados entre si y regulados por el ordenamiento jurídico.

Entonces, el proceso es un instrumento que la sociedad pone en manos del juez para la actuación del derecho sustantivo, es por esta razón

que el juzgador tiene amplias facultades, con la finalidad de averiguar la verdad y conferirle la dirección del proceso para evitar que la mala fe o la negligencia de las partes puedan llevarlo a una solución injusta. El fin del proceso puede inducirse considerando la actuación del juez y de las partes pues lo que buscan es llegar a la solución del conflicto. Entonces como afirma Grace et al (2010: 180) “el proceso consiste en una serie de actividades realizadas por hombres que colaboran con la consecución del objeto común, que consiste en el pronunciamiento de una sentencia”. Motivo por el cual resulta indispensable que se articule el mismo de tal forma que permita cumplir con la paz social desde un punto de vista eficiente.

En esta línea de pensamiento Chiovenda (1980:153) señala que el proceso tiene por objeto la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo y en su regulación debe tenerse en cuenta, tanto el interés privado de los litigantes como el interés público en el mantenimiento del orden jurídico y la justicia social.

Bajo este escenario, el proceso que ha sido el dominante en Iberoamérica es la escritura (Grace, et al. 2010:176), y el cual ha sido criticado por la lentitud de los trámites legales y la demora en resolver los pleitos, que al final terminan desmejorando la calidad de la administración de justicia.

Frente a esta marcada tendencia, se ha optado por fortalecer la oralidad como un medio que permita dinamizar los aparatos judiciales; la Cumbre Judicial Iberoamericana ha trabajado ya en este sentido, pero el traspaso a la oralidad implica, una transformación profunda de los sistemas judiciales de Iberoamérica, tomando en cuenta que el sistema oral necesita ser planteado a través de un sistema de audiencias, motivo por el cual el generar un protocolo y una guía de buenas prácticas en procesos por audiencias resulta indispensable para consolidar este modelo procesal.

• **La Justicia como Interés Superior**

Para Escobar (2010:61) el proceso es un instrumento que permite satisfacer la necesidad de armonía que tiene toda la sociedad, lo cual lleva a la justicia social, pues la solución de un conflicto no interesa solo a las partes, sino a la comunidad en general y, por este motivo, que el interés superior del proceso es garantizar la armonía, la paz, y la justicia social, llegando a la satisfacción del interés público. En este mismo sentido Peña (2012:137) afirma que el proceso nos presenta fines mediatos que son los que surgen del interés general y tienen como meta la coexistencia, el logro de la paz social, la forma justa de la heterocomposición. Entonces, queda ratificado que la necesidad de adaptación del proceso judicial, permite que se fortalezcan los lazos y valores que conforman la sociedad.

Por lo tanto, se puede afirmar que el acceso a la justicia se expresa en dos dimensiones (García et al, 2010:93), la formal como la posibilidad real de plantear las propias pretensiones ante los órganos que deben juzgarlos y la material como la posibilidad de obtener la satisfacción de los intereses legítimos a través de una sentencia justa, para lo cual es necesario el procedimiento como instrumento. En esta línea argumentativa Rawls (1979: 46) sostiene que la justicia es una virtud social, en la cual no es necesario que las leyes o instituciones estén ordenadas y sean eficientes, pues si son injustas deben ser reformadas o abolidas. Por este motivo, se considera que las leyes procesales son de forma, pues ponen en movimiento la efectividad del derecho sustantivo buscando la finalidad última de la justicia que es dar a cada quien lo que le corresponde, lo cual se realiza a través del procedimiento. Para el efecto, el mismo debe transformarse para cumplir con esta necesidad, pues si es el instrumento que permite la articulación de la realización de derechos, este debe ser eficaz y eficiente, lo cual se logra con la incorporación de la oralidad como premisa dentro del proceso.

• El Proceso Oral

El procedimiento oral tiene ciertas particularidades que lo individualizan y permiten demostrar su efectividad, en este sentido Cappelletti (1971:92-93) afirma que es un proceso más rápido y fiel a la metodología concreta y empírico-inductiva dentro de la investigación de los hechos y la apreciación de las pruebas. Aunque se debe establecer que no existe un proceso oral puro (Amrani-Mekki, 2008:8), la incorporación de más o menos variantes escritas sí determina su configuración. Bajo esta perspectiva Grace et al (2010:180) afirma que lo adecuado sería denominarlo proceso por audiencias, porque desde el punto de vista jurídico procesal la oralidad tiene connotaciones que trascienden la simple expresión verbal. Entonces el análisis debe partir de la necesidad de determinar que el proceso oral no implica que el mismo se desarrolle exclusivamente de forma verbal, sino que se lo articule de tal forma que se pueda vislumbrar en el proceso que se ha incorporado la oralidad, y una de las expresiones más claras de esta adaptación son las audiencias.

Desde esta perspectiva, el proceso oral es entendido, como el conjunto de normas de carácter adjetivo, normas que posibilitan y hacen efectivo el ejercicio de regular las relaciones jurídicas, al poner en actividad el órgano jurisdiccional del Estado por medio de principios que fortalecen el acercamiento del juez a las partes, limitante que tiene el proceso escrito. En palabras de Neri (2013:62) “Es válido sostener que el procedimiento oral es el medio adecuado para alcanzar la aspiración primordial de efficientar la impartición de justicia”. Entonces, bajo este escenario delimitar el proceso oral por audiencias logra que los justiciables sean los primeros beneficiarios del sistema, pues en el proceso oral se limitan las instancias y los recursos, pero se busca una mayor eficacia y eficiencia, que se logra con la celeridad y la concentración del mismo (Taruffo, 2008:7); además, permite que el

procedimiento sea directo por la interrelación del juez con las partes, pues así se logra que el juzgador o tribunal aprecie con mayor agilidad y veracidad los elementos probatorios y documentos de las partes, debido a que el juez participa en la exposición de pruebas, interactúa con las partes, conoce directa y claramente sus afirmaciones, por lo que las entiende de una mejor manera y puede discernir y valorar las mismas; su resolución final será motivada en base a lo que ha escuchado y evidenciado en el proceso.

Según argumenta Flores (2004:29) el juicio oral en su conjunto propiciará que los hechos objeto de juzgamiento se aproximen o ajusten a la realidad histórica y no a la formal, lo cual se relaciona con lo que Ciancia (2009: 65) afirma, que la oralidad por si misma no es una solución al problema de la justicia sino un conjunto variado de medidas que procuran mejorar el sistema. Motivos por los cuales todo trabajo que implique la incorporación y adaptación de este tipo de procesos debe ser respaldado con buenas prácticas, que son generadas en función de las propias necesidades, pero que al ser transmitidas, permiten solucionar posibles escenarios de incorrecta implementación, pues la generación de conocimiento colaborativo es el que permite sustentar y sostener este tipo de procesos.

En definitiva, reconocer que la oralidad se desarrolla por audiencias, en las cuales se imponen reglas de actuación, anima a la administración de justicia al uso de una forma de comunicación natural (Vásquez, 2004:265). El objetivo del proceso oral por audiencias es obtener celeridad, transparencia y respeto a los derechos de las personas, tanto en la investigación, como en el proceso y está íntimamente ligado a la publicidad de los juicios, pues es por medio de la publicidad que la sociedad llega a tener un conocimiento más fidedigno de la actuación de los jueces, razón por la cual los procesos son públicos y no sólo las partes tienen acceso a ellos, sino terceras personas; así, todos tienen conocimiento directo, tanto de las razones como de las acciones de las partes, de los actos de los funcionarios y de las decisiones de los

jueces, además, si las partes se encuentran como parte integrante dentro de un proceso podrán aceptar con mayor facilidad las decisiones finales pues han tenido conocimiento previo de las acciones realizadas y de las acciones expuestas. Su fortalecimiento depende del aprendizaje en conjunto, mientras se genera una verdadera cultura de colaboración que logra que los errores o dificultades se minimicen, pues todos los actores, como participantes generadores de soluciones se constituyen en el efecto difusor y protector del propio sistema procesal, por lo que las buenas prácticas responden a esta necesidad.

• El Sistema Oral por Audiencias como Instrumento de Justicia

Para Chiovenda (1982:143) el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque garantiza la bondad intrínseca de la justicia, pues la proporciona más económicamente, más simplemente y más prontamente. Entonces, el sistema oral a través de audiencias como tal, busca tutelar y determinar las actuaciones de las partes con la finalidad de llegar a cumplir con la necesidad de que el Estado resuelva sus controversias de forma eficaz y eficiente, pero todo esto enmarcado dentro del fin último del derecho, que es la justicia; así, en palabras de Orlando et al. (2010: 264) la oralidad en la administración de justicia debe ser mirada como una herramienta, un instrumento o medio que sirve para la consecución de los fines de celeridad y eficacia en la resolución de los asuntos que se someten a la jurisdicción del Estado. Pues es función primordial del Estado propiciar la satisfacción de las demandas de sus ciudadanos, los cuales tienen el derecho consagrado de exigir del Estado la tutela jurídica, determinando de una manera más justa y equitativa y por medio de sus órganos competentes, la realización de la justicia.

Según Ciancia (2009:68) la idea de aplicar un sistema oral implica tener presente un juicio por audiencias. El sistema oral por audiencias es

sinónimo de debate y es aquí donde se encuentra su verdadera naturaleza jurídica, es regla absoluta que ningún procedimiento escrito puede presentar las ventajas de la oralidad, la que proporciona emotividad y la posibilidad de que todos los escuchas o receptores, incluido el público, puedan percibir por igual y al mismo tiempo las manifestaciones de los exponentes y en general que los actos se cumplan (Vecchionacce, 2004:54-55). Por lo que la utilización del sistema oral por medio de audiencias permite ser el instrumento idóneo para llegar a la justicia y su fortalecimiento se lo logra con trabajo colaborativo, el cual permite identificar prácticas replicables en función de las características de esta clase de procesos.

• **Características de la Justicia Oral por Audiencias**

Palomino (2009:633) al referirse a las características de la oralidad establece que pensar en la oralidad-inmediación es pensar en un complejo de sub-principios que deben estar presentes cuando se examina un proceso oral.

Cuando se piensa en proceso oral por audiencias se pretende el contacto directo del magistrado con las partes y con la prueba del proceso (Taruffo, 2008:8), pues lo que se busca es permitir la solución más adecuada y depuración más precisa de los hechos de la causa. En este sentido, todos los actos procesales deben ejecutarse en presencia del juzgador y las partes, pues en el lenguaje oral no es necesario que tenga intermediarios, lo que permite que sean inmediatamente apreciados por el juzgador. Este proceso exige que las partes que intervienen dentro del mismo se encuentren; así, tanto al juzgador, como a los defensores, testigos, peritos, se les permite asumir responsabilidades propias.

A decir de Escobar (2010:36) este proceso se realiza por medio de audiencias breves y se concentra en dos fases, la primera que tiene la finalidad de ser conciliatoria y preparatoria de la audiencia final, y la

segunda, en la cual se practican las pruebas, los alegatos y el juzgador emite su veredicto llamada audiencia final.

Gascón (2008:183) argumenta que la oralidad, la concentración y la inmediación contribuyen a ser una respuesta judicial más correcta y más justa, pues la actuación de las partes se valora inmediatamente, lo cual presenta que “se pueden extraer dosis mucho mayores de convicción en el marco de un debate oral en presencia judicial que de la simple lectura de un acta de comparecencia”.

Entonces la oralidad permite economizar tiempo y proximidad de espacio; pues no se puede dilatar el trámite y hacerlo interminable. Con la oralidad no se puede abusar como en el sistema escrito (Amrani-Mekki, 2008:2). Aunque como afirman Orlando et al (2010:265) la implementación de la oralidad no implica admitir como aforismos que todas las actuaciones y diligencias que se realicen deban ser orales y que se deba concentrar el mayor número de actos en cada audiencia, por lo que resulta indispensable sustentar el proceso oral en audiencias y en principios, argumento que es respaldado por Muñoz (2009:119) cuando determina que “en nuestro tiempo, la oralidad no puede ser entendida ni promovida como ausencia total de escritura en el proceso jurídico”, pues la escritura es necesaria con una presencia parcial, aunque imprescindible, con lo que resulta indispensable sustentar este sistema en principios, que como afirman Rojas et al. (2010:59) hacen parte de las ventajas del sistema oral, particularmente el principio de inmediación procesal, el de concentración, el de publicidad y el de celeridad.

2.2. Principios Procesales en el Procedimiento Oral por Audiencias.

Entre los principales principios que regulan el proceso oral por audiencias encontramos los siguientes:

• Principio de Concentración

Este principio consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse en un número reducido de audiencias, así se busca que se simplifiquen las actuaciones procesales y que se garantice la celeridad de los mismos. Domínguez (2007:597) entiende la concentración como aquel principio en virtud del cual se procura abreviar en el tiempo el desarrollo del proceso, haciendo que sus actos se produzcan en forma continuada, sin interrupciones ni interferencia, lo cual es respaldado por Ciancia (2009:68) cuando argumenta que bajo este principio se logra que la sentencia sea realizada sin dilación, pues todo el proceso se encuentra concentrado, y según Escobar (2010:73) también permite que se eviten incidentes que entorpezcan la actuación y exigiéndose un número mínimo de audiencias para el trámite procesal.

Con la concentración se espera que no se den dilataciones innecesarias. El juez puede eliminar las pruebas que considere inútiles, con lo que se logra celeridad dentro del proceso, todo esto con el propósito de evitar retardos innecesarios y a fin de garantizar por parte del juzgador un conocimiento personal, directo y actual del debate procesal; así, se podrá obtener una sentencia inmediata (Taruffo, 2008:11) con base en la percepción y conocimiento que el juzgador ha tenido del proceso.

Este principio evita el desorden, impide que aparezcan actitudes que van en distintas direcciones y el desperdicio de esfuerzo. Así todo se concentra en un único y gran esfuerzo, en una única y gran actividad, se concentran los sentidos en un solo sujeto que es la justicia (Baca, 1994: 210-211).

Según Grace, (2010:181) este principio se desarrolla en dos etapas, el primero en la audiencia preliminar, en la cual las partes proponen sus respectivas pruebas (que no hayan sido presentadas con la demanda o la

contestación de la demanda), así como las contra-pruebas y las respectivas objeciones de las pruebas y contrapruebas (que hayan sido aducidas en la demanda o la contestación de la demanda); y, en segundo lugar, la audiencia final, en la cual se practican las pruebas personales, se escuchan los alegatos y se dicta la sentencia. Con lo cual se impone al juez que este dicte sentencia en la audiencia final.

Entonces, la oralidad necesita de la concentración, pero esta a su vez debe ser respaldada adecuadamente en las audiencias necesarias que le permitan al juez llegar a la verdad material.

• Principio de Inmediación

La administración de justicia es el resultado de una relación que surge entre los actores que participan en ella, en la cual se debe dar una actuación directa e inmediata de cada involucrado, tanto el juez, los defensores, las partes procesales, los testigos, los peritos, los intérpretes; este principio a palabras de Ciancia (2009:67) tiene que ver tanto con el encuentro personal de las partes con el magistrado como con el contacto directo con los testigos y peritos. Principio que, según Flores, (2004:32) en los procesos escritos no se ejecuta, salvo rarísimas excepciones, puesto que el juez casi o nunca tiene contacto directo con las partes, ni estas con él, solamente con los auxiliares y muchas veces las partes de juicio nunca llegan a conocer al juez, lo que, en el sistema oral por audiencias es realizable.

La inmediación judicial aparece claramente fortalecida en la estructura procesal oral y concentrada a través de audiencias, ya que genera el verdadero “milagro” de una práctica de la prueba con efectiva presencia y participación del juez, pues si el juez tiene mayor acercamiento con las partes se puede observar un mejor desarrollo del proceso, toda vez que es él quien conoce directamente de las actuaciones de los involucrados en el

mismo (Palomino, 2005:183), pues como afirma Escobar (2010: 74) “el juez debe tener una visión amplia del proceso” para lo cual es imprescindible este principio.

En este sentido Storme (2008:2) y Burbano (2010: 18) manifiestan que las pruebas pierden la esencia de su valor cuando no se presentan ante el mismo juez que debe decidir sobre el fondo del asunto. Bajo este argumento se evidencia la necesidad de la inmediación, además de que las pruebas que se encuentran en el mismo lugar, y al mismo tiempo, garantizan una verdadera interacción y transparencia procesal.

La inmediación es esencial dentro del juicio oral, pues como corrobora Pereira, (2008:439) “el juez toma las riendas del asunto desde sus inicios, con lo cual se ha dejado atrás la imagen del juez lejano que aparentemente sólo se entera del contenido del litigio una vez que le corresponde fallarlo”, ya que permite que el debate entre las partes y la evacuación de pruebas sean incorporadas dentro de una misma audiencia de manera inmediata, por lo que el juez participa personal y activamente en la evacuación de la prueba y a su vez se forma un juicio valorativo de los argumentos y alegatos de las partes, para poder juzgar personalmente en base a la sana crítica y las pruebas aportadas por las partes, así como las posibles actuadas de oficio, resultantes del debate procesal.

• Principio de Publicidad

La publicidad permite la transparencia del proceso y la participación en él de todas aquellas personas que tengan interés, pues no impide que los sujetos procesales, y la población en general puedan controlar, y conocer el resultado de las declaraciones de los tribunales de justicia, a través de la oportunidad que tienen de participar directa o indirectamente en el proceso ejercitando sus derechos u observando cómo se realiza el juzgamiento. Su

presencia en las audiencias y demás actos se traduce en una forma de control por parte de la sociedad civil a la administración de justicia, pues puede fiscalizar que los jueces cumplan a cabalidad con su trabajo, asegurando y garantizando transparencia dentro de un proceso. Espocito (1974: 15) establece que todo proceso debe ser abierto y público para que se dé un control social al proceso, caso contrario, se someten las funciones de jueces y abogados como “inmorales e indignas”. En esta misma línea Amrani-Mekki (2008:7) establece que la oralidad, por otro lado, permite asegurar una democratización de la justicia para todos aquellos actores que pudieran ser analfabetos, se deja ver y garantiza su publicidad.

Más aún, la sociedad actual exige ese involucramiento como ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos y como una forma de rendición de cuentas por parte de las autoridades, en función de consolidar una real sociedad democrática y participativa que garantice la transparencia procesal y jurisdiccional en su conjunto, pues como sostiene Ciancia (2009:67) en el mundo de las apariencias, la oralidad presupone una mayor credibilidad, dado que el procedimiento oral le permite realizar al juez un análisis fenomenológico.

• Principio de Contradicción

Bajo el enfoque de Vallejo (2000:4) se propone que el principio de contradicción se convierta en una de las garantías básicas de la oralidad por audiencias, pues adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo, ya que en “el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar Sentencia”, permitiendo que los jueces obtengan la convicción sobre los hechos enjuiciados con los medios aportados a tal fin por las partes.

Entonces, la contradicción es un principio que permite separar lo falso de lo verdadero; en la oralidad por audiencias, las alegaciones mutuas, cargos y descargos, explicaciones y justificaciones serán de una manera tal, que se reúnen dentro de un acto con lo cual el juzgador se forma una aproximación directa de la verdad, pues como afirman Decap (2014:60) y Burbano (2010:19) las partes son las dueñas del conflicto, de los hechos y de las pruebas, el juez es el dueño de la solución jurídica del mismo, él declara en torno al conflicto expuesto por las partes cuáles son los hechos controvertidos y cuál es el derecho aplicable a esos hechos, más aun si lo que se busca es formación de la convicción judicial para lo cual es necesario examinar y contraexaminar testigos y peritos oralmente.

La pretensión formulada por una de las partes dentro del proceso debe ser comunicada a la parte contraria con el fin de otorgarle una oportunidad para que ponga sus propias consideraciones sobre la procedencia o fundamentación de las pretensiones, y aquí radica la importancia de que el proceso sea sustanciado por audiencias en función al principio de contradicción, pues como afirma Amrani- Mekki, (2008:9) “si cada una de las partes pretende convencer al juez, el proceso debe garantizar la lealtad en el debate, debe garantizar a cada uno la posibilidad de defenderse de las alegaciones de su adversario, y por consiguiente, proporcionarle los medios de conocerlas”.

• Principio de Celeridad

En relación con el principio de celeridad Delgado (2011:73) argumenta que la especial naturaleza de las relaciones tuteladas hace necesaria una rápida respuesta de la justicia. No puede estarse a trámites lentos y excesivamente formalistas que, finalmente, conculquen los derechos del justiciable. El debido proceso motiva a que la respuesta que los órganos

jurisdiccionales entreguen, sea rápida para cumplir con una nota de efectividad. En consecuencia, todas las actuaciones judiciales deberían ser rápidas para que podamos hablar de tutela judicial efectiva. Según Grace et al (2010:181) “se trata de un modelo donde todos están sentados en la mesa común, hay ahorro en los llamados tiempos muertos del trámite, como lo son los traslados, notificaciones, etcétera y las cuestiones incidentales se deciden con la sentencia”.

A diferencia del sistema escrito, lento, burocrático, tardío; con el principio de celeridad se busca resolver la controversia en un tiempo menor, a fin de alcanzar la eficacia de la norma y las mejores ventajas para los litigantes, por lo que a decir de Amrani-Mekki, (2008:6) la oralidad se percibe como una garantía de aceleración de la justicia, una manera de modernizarla, lo cual se consigue si al procedimiento se lo realiza por medio de audiencias.

• Principio de la Libre Convicción

Presupone que la decisión judicial se fundamenta en las evidencias o pruebas aportadas al proceso, las que son observadas por el juzgador a través de su conocimiento y experiencia, son valoradas con un razonamiento lógico y coherente que le permita fundamentar adecuadamente su decisión ya que la libertad probatoria y la sana crítica en la valoración de la prueba, son principios que se relacionan con la oralidad y el sistema por audiencias, así todo se puede demostrar por cualquier medio.

En este sentido, Mora (2004:560-561) manifiesta que al juez no se le debe imponer reglas legales para someterlo al momento de apreciar la prueba.

La libre convicción en la valoración de la prueba permite que el juzgador no se encuentre sujeto a tarifas rígidas para valorar y pedir de oficio pruebas o su realización, este principio no implica la libertad ilimitada

del juez, pues debe sujetarse a las reglas de la sana crítica y motivar sus sentencias (Baca, 1994:212-214). A decir de Grase et al. (2010:182) el proceso por audiencias es el más adecuado para que el juez utilice la sana crítica pues le permite asegurarse un papel activo dentro del proceso, ya que permite que el juzgador colabore en la formación del material de la causa, pues este, tiene contacto inmediato y continuo con las partes, con lo cual puede cumplir con su labor de saneamiento, que debe estar incorporada en el proceso de forma inmediata.

• El Debido Proceso

Cuando nos referimos al debido proceso, entendemos a aquel que establece que se deben respetar las garantías y derechos fundamentales, previstos en los ordenamientos jurídicos, en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y, en consecuencia, forman parte de la normativa interna del Estado y que, además, son de forzoso e incuestionable cumplimiento. Burbano (2010:17) se pregunta si “¿es la oralidad un elemento central del debido proceso?”, respuesta sobre la cual al analizar el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos resulta ser afirmativa, más aun si se toma en consideración que la oralidad como sistema por audiencias tiene una estrecha relación con los principios de publicidad, contradicción e inmediación. Así, mediante la publicidad en el debido proceso se permite que la intervención de las partes sea abierta al público, además de que se dirigen ante el tribunal o juez competente, lo cual usualmente implica la realización de una audiencia oral. En este mismo sentido se debe tomar en consideración que el principio de inmediación en función al debido proceso no puede ser garantizado de manera eficaz y efectiva si se lo realiza a través de un proceso escrito, por la necesaria interacción que debe surgir entre el juez, las partes y la prueba. Finalmente, en relación con el principio de contradicción y el debido proceso se observa

que el mismo resulta inútil si no se lo realiza a través de una audiencia oral, pues es en ella donde el juez o tribunal pueden interrogar a los testigos o los peritos para aclarar o confrontar la información que considera necesaria e indispensable para la solución del conflicto.

El debido proceso debe observarse estrechamente vinculado con el respeto de las garantías y derechos fundamentales del individuo, así como de la tutela efectiva de las libertades e intereses legítimos de los ciudadanos, buscando un tratamiento digno, justo y equitativo, que propendan a la consecución de los fines esenciales del derecho. Según sustenta Eduardo Couture, citado por Ponce, (1991:265), las Constituciones del siglo XX han considerado que una proclamación pragmática de principios de derecho procesal eran necesarios en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora, pues la existencia misma del proceso, como medio a través del cual se ejerce la tutela jurídica, constituye ya una garantía contra la arbitrariedad y el despotismo, que al final se refleja en el debido proceso.

Conforme lo señala Hernández, (1998:18) el debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes que el proceso se desarrolle sin dilaciones injustificadas, además de que deben ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, el cual debe pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de las partes haciendo uso de los medios de impugnación consagrados por la ley, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.

Entonces se puede afirmar que el debido proceso es todo el conjunto de garantías que protegen a las personas y que les aseguran una recta y pronta administración de justicia, estableciendo libertad y seguridad jurídica fundamental de las resoluciones judiciales conforme a derecho, y que según la CEJA (2009:3) comprender que el juicio oral es considerado el elemento

central del debido proceso significa que, en el contexto cultural moderno, en el que esas garantías se han desarrollado, es imposible imaginar el desarrollo de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, sin referirlos a “la idea de una audiencia oral y pública, desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan el acusador y el acusado, en el cual se formulan cargos, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba”, con lo cual el tribunal puede llegar a una decisión. La teoría asume que se llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 10, además, establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella por medio del sistema procesal, pues el proceso oral es un medio para la realización de la justicia y tiene que hacer efectivas las garantías del debido proceso, así como velar por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia, por lo cual es innegable la relación que se genera entre el proceso judicial por audiencias y el debido proceso, motivo por el cual como afirma Escobar (2010:46) es considerado como un “súper principio” el cual respetado y acatado nos conlleva a una sentencia justa y recta que repercute en seguridad jurídica y constituye un límite al abuso del poder.

Así, concluimos aseverando lo que la doctrina ya lo ha hecho (Houed, 1998:100): el debido proceso es una manifestación del Derecho Constitucional aplicado y una constante referencia para el legislador y el operador jurídico, quienes deben buscar en él, un camino infalible hacia la búsqueda de la verdad realizadora del ideal de respeto a la dignidad humana, que además manifiesta el eje alrededor del cual se mueven hoy todos los aspectos del desarrollo de la vida social e individual.

3. PROTOCOLO DE JUSTICIA EN AUDIENCIA

3.1 Presentación y Justificación

A nadie escapa que el eficiente servicio de la administración de justicia de un país es un elemento imprescindible para el desarrollo económico y social del mismo, y que los entes que realizan mediciones sobre dicho desarrollo utilizan ineludiblemente –entre otros parámetros– los niveles de eficiencia de la administración de justicia como un elemento de medición.

Es recurrente, por ende, poner a la administración de justicia como objeto de análisis casi necesario, en cualquier estudio que se haga sobre las proyecciones que se realicen en función a entender los problemas y obstáculos que se presentan en un país para obtener un adecuado desenvolvimiento económico y social.

La cuestión a determinar, entonces, gira en torno a cómo juzga los casos no penales la administración de justicia, y sobre ese análisis –de manera permanente– se plantea la interrogante de cuál es la forma más eficiente de juzgar que podría implementar la administración de justicia, en función a proveer una mayor satisfacción a las personas usuarias, cuyo reclamo crece cada día, exigiendo constantemente un mejor servicio.

La búsqueda de un servicio de justicia más eficiente se centra, en mayúscula proporción, en el análisis del tipo de proceso que se instala en un país. Se discute permanentemente, entonces, sobre cuál debe ser el mejor tipo de proceso a ser implementado en una sociedad, de modo tal a establecer qué tipo de proceso responde mejor a la exigencia ciudadana, otorgando una justicia de calidad y eficiente. Obviamente, todo esto va de la mano con la discusión de los recursos materiales de los que se disponen –o de los que no

se disponen- y que permiten llevar adelante -o no- la implementación de procesos más ágiles, más eficientes y más confiables. Porque, en esto de administrar justicia, también es importante la cuestión de los recursos, ya que todo buen sistema tiene sus costos, usualmente no exiguos, y hay que afrontarlos si se pretende implementar un sistema óptimo.

Cabe hacer una mención especial de los resultados obtenidos en el diagnóstico elaborado con los insumos proveídos por los países miembros de este grupo de trabajo, entre los que se destaca la incidencia predominante que tienen, en la implementación y buen desarrollo del sistema oral, los recursos tanto humanos como materiales.

Bajo este enfoque, se puede comprender, rápidamente, que es fundamental la decisión sobre qué tipo de proceso será el predominante al momento de tramitar los litigios judiciales: será un proceso predominantemente oral o será un proceso predominantemente escrito. Y se rescata el término predominante pues ningún sistema es enteramente oral o enteramente escrito, ya que todos los regímenes procesales recurren, en mayor o menor medida, a uno y otro.

Haciendo una rápida revisión de los sistemas procesales que se han implantado en Iberoamérica en los últimos años, se puede notar un avance sostenido de los sistemas predominantemente orales, lo que ha marcado una tendencia en los países de la región, tendencia que va imponiendo como innovación procesal el desarrollo del llamado “proceso oral por audiencias”, “juicios orales” o -según- más propiamente denominados “procesos mixtos por audiencias”; esta última denominación incorpora los componentes escritos que podría tener un proceso fundamentalmente oral, con el desarrollo de ciertas etapas por escrito y de otras por audiencias orales.

Se debe reconocer, ante todo, que la implementación del proceso oral por audiencias, de los juicios orales o del proceso mixto por audiencias en los

países de la región, se dio como resultado de la evolución conceptual llevada a cabo merced al reconocimiento de que los modelos anteriores de los distintos sistemas judiciales – predominantemente escritos– no respondían a la expectativa de las personas usuarias, de contar con un servicio de justicia eficiente; sobre la base de esta observación se ha buscado la manera de agilizar la impartición de justicia en los diferentes fueros y competencias, mediante la modificación o la reforma de los Códigos Procesales de los países de la región.

Según las percepciones de los distintos países, con el cambio del sistema escrito al sistema oral, se hace evidente un incremento de la confianza ciudadana en la tramitación de los procesos; se ha ganado con ello en transparencia y celeridad y – al mismo tiempo– se han elevado igualmente los niveles de confianza ciudadana en la administración de justicia. Sin embargo, tal como se ha anticipado más arriba, la cuestión de los recursos económicos es fundamental en este tipo de cambio y en la instalación de los nuevos modelos. Por ende, para fortalecer la implementación del llamado proceso oral por audiencias o de juicios orales o proceso mixto por audiencias es indispensable superar ciertos problemas como: la falta de equipamiento y tecnología adecuados, la insuficiente provisión de recursos materiales idóneos, la falta de capacitación en las nuevas funciones y roles que competarán tanto a juzgadores y juzgadoras como a profesionales litigantes y otros auxiliares de justicia, la inexperiencia en el manejo de las nuevas formas de desarrollo del proceso y la falta de una programación general sobre un nuevo modelo de gestión del despacho judicial, apuntado a la nueva forma de litigar, amén de una tendencia a repetir prácticas anteriores que deberían haberse superado y que se pretenden reinstalar o que no se han suprimido en el nuevo formato oral.

Los países que han decidido la implementación del proceso oral por audiencias, del juicio oral o del proceso mixto por audiencias han reconocido

que se busca el ahorro de tiempo real en la duración total de los procesos, y para ello han limitado las posibilidades recursivas de revisión y se ha puesto el acento en intentar concentrar los esfuerzos procesales en la menor cantidad de presentaciones o actuaciones posibles, incorporando la práctica de la publicidad, la inmediación, la contradicción y la concentración, ya que esta forma de tramitar un juicio permite el discurrir continuo del diálogo procesal entre las partes y el juez.

En esta línea, y ante el desafío de elaborar un “Protocolo de Justicia en Audiencia”, hemos considerado pertinente utilizar, además de los ejes temáticos establecidos para este trabajo, los resultados del diagnóstico realizado sobre la situación actual de los procesos orales en Iberoamérica.

De esta manera, la decisión de elaborar “un Protocolo que recoja aquellos principios generales que se estiman precisos para que un sistema procesal pueda considerarse acorde con el principio de oralidad” – responsabilidad que nos fuera asignada– nos llevó a tomar, como línea de base de este trabajo, los resultados del diagnóstico ya mencionado.

Previamente, hemos elaborado las recomendaciones surgidas de las conclusiones del diagnóstico, que son las siguientes:

3.2 Recomendaciones

3.2.1 Implementar la oralidad en materias no penales como un mecanismo eficaz que nos acerque a una justicia de calidad.

Luego de analizar las ventajas del sistema oral se recomienda su implementación en los procesos judiciales como un paso trascendental hacia el mejoramiento del sistema de justicia, por medio del cual pueda alcanzarse un nivel superior de transparencia en la tramitación y definición de juicios y

celeridad, como máxima tendiente a que la tutela judicial efectiva de derechos se alcance en el menor tiempo posible.

Esta implementación se sustenta en un desenvolvimiento procesal dinámico que se constituirá en una herramienta de combate frontal a la mora judicial que, sin lugar a dudas, se constituye en uno de los principales problemas a nivel regional en el desarrollo de la administración de la justicia.

La exposición en el tratamiento de las controversias por vía oral permitirá exhibir públicamente el desenvolvimiento del proceso, en el cual las personas litigantes se sitúan en una renovada y más efectiva posición de interacción (las partes y el órgano juzgador participan de una manera integral: se exponen y debaten ideas, se escucha, se observa, y se resuelve mediando interacción directa); se cumple además con los principios de intermediación, concentración, celeridad y contradicción y se obtiene, de esta manera, una justicia abierta y constructiva en la que las personas litigantes se involucran con mayor incidencia, y se disminuye la sensación de falta de credibilidad hacia el órgano jurisdiccional que, lejos de ser un simple observador del proceso, interactúa y obtiene de primera mano la información necesaria para la resolución del caso.

3.2.2. Realizar gestiones eficientes apuntadas a la obtención de recursos para la implementación de un sistema eficaz.

Los datos recogidos de los distintos países miembros del grupo de trabajo permitieron elaborar un diagnóstico que ha revelado que la falta de infraestructura y tecnología, y los costos que la creación de un sistema por audiencias genera se ven como una de las barreras esenciales para implementar un sistema oral o predominantemente oral.

El tema de la falta de recursos, en la mayoría de los países, se ha detectado como el gran obstáculo a superar a fin de implementar el sistema

de la oralidad, evidentemente mucho más eficiente, lo que justifica mayores inversiones para lograr dicho objetivo.

Si bien el proceso oral presupone una mayor cantidad de beneficios para el justiciable que –como ya se expresó– son: la celeridad en el proceso, la mayor credibilidad y transparencia, así como el cumplimiento del principio de inmediación, implica, paralelamente, una readecuación en la infraestructura y el equipamiento de las sedes judiciales a fin de cumplir con los requisitos básicos para realizar un correcto proceso por audiencias.

Se entiende que con la implementación de la oralidad de los procesos se deberá dotar a las sedes judiciales de los elementos necesarios de infraestructura, equipamientos, tecnología y de recursos humanos capacitados a fin de obtener un sistema por audiencias óptimo, con respeto a la seguridad jurídica, de acuerdo al modelo de gestión de despacho de cada país.

Por supuesto, todo plan de implementación debe incluir un adecuado cálculo de los recursos humanos, físicos y de infraestructura imprescindibles para la oralidad en los procesos judiciales en los distintos países que pretendan brindar un eficiente servicio de justicia, los que deberán estar dispuestos y preparados a realizar ciertas inversiones, a fin de que las sedes donde se desarrolle el sistema por audiencias sean acordes con las exigencias del modelo.

En este sentido, será necesaria y por tanto recomendable la elaboración de estrategias para la obtención de financiamiento y apoyo económico, con el fin de contar con recursos indispensables y sostenibles para desarrollar y brindar un servicio de justicia de calidad.

3.2.3. Implementar la oralidad a ciertas etapas del proceso.

De acuerdo con el diagnóstico, se ha detectado que en los países donde se ha logrado la implementación exitosa del proceso oral o predominante oral se ha realizado una oralidad de forma parcial.

Se recomienda implementar la oralidad a ciertas etapas de los procesos, considerando que deberían ser orales, las de saneamiento de la causa, discusión del objeto del juicio, producción de pruebas, y los alegatos siempre que se realicen al terminar ésta última, pudiendo mantenerse por escrito la constitución de la acción – demanda y reconvención– y sus contestaciones.

3.2.4 Implementar formatos electrónicos para asentar los actos realizados en juicio.

Los sistemas informáticos deben orientarse a brindar a quienes usan la administración de justicia un servicio en menor tiempo, con mayor efectividad y resultados de mejor calidad, cumpliendo con las necesidades y expectativas de las personas justiciables.

Cabe señalar que la utilización de soportes electrónicos para asentar los procesos orales implicaría forzosamente la introducción de numerosos cambios en los paradigmas del trámite procesal de causas judiciales, por lo que es menester que los criterios y prácticas sean adaptados a la realidad de cada país; a tal efecto, es preciso abandonar formalismos o antiguas formas rituales que, con la implementación de este sistema, devienen incluso innecesarios, toda vez que se prevea un mecanismo que asegure la generación de constancias ciertas e inequívocas de las fechas y contenidos de las actuaciones producidas, tanto por el órgano judicial como por las personas justiciables, y que garantice de manera cierta el respeto del derecho

de las partes al debido proceso, principio éste de rango constitucional en todos los ordenamientos.

Los sistemas informáticos deben ser herramientas de gestión de los procesos, donde la información y las comunicaciones a las partes se generen directamente; en este sentido, se recomienda la utilización de tecnologías tales como la videograbación de las audiencias, con sistemas de pistas o marcas para indicar los eventos que se utilicen en las argumentaciones, a fin de asentar por este medio los actos realizados en los procesos orales, debiendo los sistemas de registro que utilicen los Poderes Judiciales permitir el acceso a las partes litigantes.

3.2.5 Utilizar las notificaciones electrónicas para agilizar los procesos.

Es innegable que la excesiva duración de los procesos es consecuencia, en gran medida, de las deficiencias del sistema de las notificaciones físicas, entre las que destaca el exceso de tiempo que insume su diligenciamiento.

Asimismo, es sabido que gran parte de las nulidades deducidas en los procesos se fundamentan en la supuesta realización irregular de las notificaciones físicas, lo que implica la apertura de una incidencia que mueve al órgano judicial hasta su resolución, desviándolo del objeto principal del juicio, lo que –a su vez– importa la extensión de la duración –en tiempo real– del proceso.

Son estas dilaciones las que se consiguen evitar con la realización de las notificaciones a través de formatos electrónicos, ya que merced a las mismas se logra una comunicación inmediata y fiel a los interesados optimizando la tramitación de causas judiciales.

Al imprimirse el trámite electrónico a una causa judicial, las partes obtienen, por esta vía, una notificación efectiva, en tiempo real, operada desde el momento del depósito de la cédula electrónica en el portal respectivo, cuyo acceso puede realizarse desde cualquier ordenador o dispositivo electrónico idóneo con conexión a internet; la notificación cumple entonces con su fin, que consiste en poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales con el propósito de que éstas surtan efecto; es decir, la notificación electrónica ingresa a la bandeja de la parte notificada inmediatamente después de que el órgano judicial la genera y la envía electrónicamente.

En síntesis, se recomienda la implementación de la notificación electrónica, a fin de eliminar cuestiones puramente burocráticas para que durante el procedimiento, donde se genera directamente la información, las comunicaciones a las partes sean ágiles y eficaces, evitando de esta forma alargar innecesariamente los procesos judiciales.

Se recomienda que se mantenga en formato papel, en principio, las notificaciones iniciales y aquellas que dispongan expresamente la ley o la persona que dirige el proceso, de acuerdo a la legislación de cada país.

3.2.6 Otorgar facultades instructorias, ordenatorias y disciplinarias al juzgador o juzgadora para el debido control y desarrollo de las audiencias.

Se sugiere dotar a los órganos juzgadores de un mayor cúmulo de facultades ordenatorias dentro del proceso, en el marco del respeto a los principios de bilateralidad y defensa en juicio, a fin de conferirles prerrogativas procesales dinámicas para administrar el desenvolvimiento de las distintas audiencias de forma oportuna, efectiva y en tiempo real; ello, asimismo contribuirá a allanar decididamente los obstáculos que existan en

su transcurso en orden a alcanzar, a la vez, celeridad y transparencia en la tramitación y una solución justa para las mismas.

Igualmente, se deben disponer una serie de medidas y facultades dirigidas a mantener el orden y el desenvolvimiento pacífico de las audiencias, así como la instrucción de técnicas de administración inmediata de situaciones conflictivas especiales. Se recomienda también que se otorguen a los juzgadores y juzgadas, facultades que apunten a la protección de personas en situación de vulnerabilidad.

3.2.7 Limitar la interposición de recursos en audiencias.

A fin de propender a la prontitud y concentración en el desenvolvimiento de las audiencias, corresponde tomar medidas tendientes a descomprimir y simplificar el trámite, abstrayendo herramientas procesales que en muchos casos son utilizadas para dilatar la resolución de las controversias, como así también con el objetivo de descentralizar el estudio de las mismas y sus posibles soluciones. En este sentido, se sugiere limitar la posibilidad de la interposición en audiencia de recursos con efecto suspensivo del proceso a aquellos que estén íntimamente ligados con la defensa en juicio, proponiendo además que la concesión de los mismos se realice conjuntamente con la sentencia definitiva, de conformidad con la legislación de cada país. De esta forma se simplifica el proceso, se previenen las dilaciones innecesarias y se obtiene la respuesta del órgano jurisdiccional con la mayor prontitud posible.

Teniendo en consideración estas recomendaciones, planteamos una serie de acciones a ser desarrolladas en un proceso de elaboración del marco legislativo correspondiente, con miras a introducir de manera apropiada la oralidad en los procesos judiciales, en el siguiente *proyecto de*:

3.3. Protocolo

3.3.1 Deberá realizarse una reforma transversal que comprenda todos los tipos procesales, incorporando la oralidad como sistema predominante.

3.3.2 Deberá reducirse la cantidad de los distintos tipos procesales y simplificar su trámite.

3.3.3 Deberán establecerse expresamente, en las respectivas leyes procesales de cada país, cuáles etapas de procesos específicos serán tramitadas por procedimientos orales o predominantemente orales, a través de regulaciones puntuales.

3.3.3.1 La etapa de traba de la litis –demanda y contestación, excepciones y contestación, con sus respectivos ofrecimientos de pruebas– podrá ser escrita.

3.3.3.2 Las etapas de saneamiento de la causa, discusión del objeto del juicio y producción de prueba, serán orales.

3.3.3.3 La etapa de alegación final será oral, debiendo realizarse al finalizar la práctica o producción de pruebas, sin más trámite.

3.3.3.4 El dictado de la sentencia definitiva será oral o escrito según la regulación de cada país.

3.3.4 Deberán otorgarse suficientes facultades ordenatorias y disciplinarias al juzgador o a la juzgadora para el debido control y desarrollo de las audiencias durante la tramitación de la causa.

3.3.5 Contra las decisiones judiciales tomadas en audiencias, deberá limitarse la posibilidad de interponer recursos con efecto suspensivo del

proceso, y aquellos que sean admisibles serán concedidos conjuntamente con los recursos interpuestos contra la sentencia definitiva.

3.3.6 Deberá implementarse la notificación electrónica, sustituyendo la notificación en formato papel, en la medida de la disponibilidad de recursos financieros y materiales, manteniéndose en formato papel, en principio, las notificaciones iniciales y aquellas que dispongan expresamente la ley o el juzgador o la juzgadora, de acuerdo a la legislación de cada país.

3.3.7 Deberán implementarse la filmación y la grabación en audio de las audiencias, reemplazando el asiento escrito de las mismas, en la medida de la disponibilidad de recursos financieros y materiales.

4. GUIA DE BUENAS PRÁCTICAS

DEL PROCESO ORAL POR AUDIENCIAS

4.1 Presentación y Justificación

El desarrollo de buenas prácticas, se genera en la necesidad de sistematizar las lecciones aprendidas de la experiencia de los países de Iberoamérica que permitan validar y posicionar al proceso oral por audiencias como el instrumento eficaz y eficiente que sustenta a una adecuada administración de justicia.

El intercambio de usos se ha generado en función de los países que cuentan con el proceso oral en alguna de sus fases o completamente implementado en materias no penales. Su necesidad se observa en el apoyo colaborativo para responder acertadamente ante las situaciones que permiten la sustentación del sistema oral por audiencias. Se debe comprender que este intercambio de información se basa en la premisa de garantizar que los países partícipes revisen, adapten y adecuen sus sistemas de administración de justicia en función de sus propias necesidades, para lo cual se han identificado algunas de las prácticas, implementando lineamientos de carácter general que permitan se puedan replicar y desarrollar experiencias en contextos similares tomando en consideración las posibilidades y condiciones propias de los sistemas de cada país.

La metodología adoptada, se ha articulado desde la perspectiva del apoyo y el aprendizaje colaborativo de los países partícipes del proyecto. Se debe establecer que cada circunscripción geográfica recoge el sistema oral por audiencias desde particulares premisas, pero estas han sido analizadas desde un punto vista de transversal, lo que ha permitido generar aportes que fortalecen el sistema judicial.

Para la identificación de las prácticas se realizó un ejercicio documental que partió de la metodología aprobada en la Primera Ronda de Talleres de la XIX Edición del Cumbre Judicial Iberoamericana en la cual, para la guía de buenas prácticas se consideraron dos ejes. El primero, de citas y notificaciones, y el segundo que se refiere al desarrollo del acto de las audiencias. Los insumos necesarios para este aporte han sido entregados por los países miembros del proyecto. Luego de la revisión documental se ha establecido contacto con los coordinadores para validar los documentos generados, y en función de este aporte se procedió al análisis, e incorporación de las buenas prácticas bajo el siguiente esquema: *Incorporación de la práctica al eje, y descripción de la práctica.*

4.2 Objetivos

Objetivo general.

- Generar a través del análisis teórico y normativo de los países que conforman el proyecto, una guía de aplicación de buenas prácticas en relación con el proceso oral por audiencias, que permita mejorar los procesos de naturaleza jurisdiccional en la región iberoamericana y que además, se constituya en un referente para que los servidores judiciales puedan mejorar la eficacia, la productividad y la previsibilidad de resultados en la administración de justicia.

Objetivos específicos:

- Identificar y destacar teóricamente la concentración, inmediación, contracción, celeridad y publicidad como

principios que permiten se fortalezca el sistema oral por audiencias.

- Realizar un diagnóstico de los principios del sistema oral por audiencias existentes en los países de Iberoamérica, partes del proyecto.
- Definir requerimientos básicos y generales para la citación, notificación y el desarrollo de las audiencias en procesos orales no penales.
- Recolectar experiencias regionales de juicios por audiencias por materias no penales.

4.3 Resultados e impacto esperados:

Una vez analizadas y levantadas las mejores prácticas del sistema oral por audiencias, se espera que estas sean conocidas y adaptadas con el propósito de facilitar su implementación a nivel regional, acorde a las posibilidades de cada país, dejando un marco de referencia iberoamericano en cuestiones de oralidad, con lo cual, los diferentes operadores jurídicos estarán en condiciones de realizar su trabajo con mayor efectividad y eficiencia ofreciendo, al mismo tiempo, un acceso a la justicia mucho más fácil y transparente a la ciudadanía.

4.4 Guía de BUENAS PRÁCTICAS

4.4.1 De la notificación y la citación.

- El juzgador o la juzgadora verificará la correcta consignación, en el escrito inicial, del domicilio de la persona demandada; de ser

necesario, deberá realizar actividades oficiosas, utilizando todos los medios lícitos a su alcance, para identificar el domicilio de la persona a ser citada o notificada, de modo a asegurar que la misma tome efectivo conocimiento de lo dispuesto.

- En la medida que los recursos materiales de cada país lo permita, deberá enviarse a las partes y/o a la persona que ejerza su defensa un aviso recordatorio a través del medio tecnológico más idóneo y accesible, en un lapso previo cercano a la realización de la audiencia señalada, a fin de disminuir los índices de ausentismo en las mismas.
- Al inicio de la audiencia se advertirá a las partes que quedarán notificadas, sin más formalidad, de todas las resoluciones dictadas en la misma, sin perjuicio de la notificación hecha a la parte que no concurra, según la legislación de cada país.

4.4.2 De la preparación del juzgador o la juzgadora para la audiencia.

- El juzgador o la juzgadora deberá estudiar el expediente judicial para facilitar la conducción de la audiencia.

4.4.3 De la audiencia de discusión de la causa o audiencia saneadora.

- Para la instalación de la audiencia de discusión de la causa o audiencia saneadora el juzgador o la juzgadora verificará que estén en la misma las partes personalmente o quien las represente, de conformidad con la legislación de cada país.
- El juzgador o la juzgadora instará a las partes a que arriben a una conciliación, tratando de avenir a ellas a llegar a un acuerdo

amistoso, sin que en ese menester, deje entrever su criterio personal sobre la causa ni imponer el acuerdo.

- El juzgador o la juzgadora concederá el uso de la palabra a las partes, por su orden, a fin de que expongan oral y sucintamente el núcleo de cada una de sus posiciones.
- Para la audiencia de discusión de la causa o audiencia saneadora el juzgador o juzgadora deberá delimitar la materia de debate conforme con las pretensiones y defensas iniciales y, a tal efecto, deberá determinar: a) cuáles son los puntos en conflictos de las partes y b) cuáles son los puntos en los que las mismas coinciden.
- El juzgador o la juzgadora acordará la producción de prueba no redundante, unificando aquellas que sean ofrecidas por varias partes, así como los cuestionarios que hayan presentado éstas, de acuerdo a la legislación de cada país.

4.4.4 De la audiencia de producción de pruebas.

- El juzgador o la juzgadora deberá tomar medidas eficaces a fin de que la audiencia de producción de pruebas no se prolongue indebidamente; a esos efectos, procurará: a) que las intervenciones de las partes no se prolonguen más allá de lo razonablemente necesario, determinando el lapso en el cual deberá producirse la intervención, de conformidad con la complejidad de cada caso, b) que las preguntas dirigidas a los comparecientes y testigos sean pertinentes y no reiterativas, c) que no se proceda a la lectura de documentos cuando la ley no lo autorice, d) que las deposiciones de los testigos no sean evasivas y sean acordes a las preguntas formuladas y al hecho debatido.

4.4.5 De los alegatos finales.

- El juzgador o la juzgadora deberá disponer que las partes aleguen, oral y sucintamente, instando a que se resalten los puntos esenciales consignando un resumen de dichos alegatos en el acta, en los casos en que la misma se asiente por escrito.
- El juzgador o la juzgadora deberá procurar que las intervenciones de las partes en los alegatos finales no se prolonguen más allá de lo razonablemente necesario, determinando el lapso de su intervención cuando la legislación no lo indique, de conformidad con la complejidad del caso.

4.4.6 Del dictado de la sentencia

- El juzgador o la juzgadora deberá elaborar una guía sobre hechos y pruebas conducentes, invocados y producidos en las etapas procesales respectivas, de modo tal a que, al momento de dictar sentencia, se consideren los mismos en el cuerpo de la resolución.

5. REFERENCIAS

- ALSINA, H., (2001). Derecho procesal general. México: Heliasta.
- AMRANI-MEKKI, S., (2008). El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. España: Universidad de Valencia.
- BACA, W., (1994). Hacia la oralidad en la administración de justicia en el Ecuador. Ecuador: Editorial Universitaria.
- BURBANO, C., (2010). La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: Un enfoque de derechos humanos. CIVILIZAR: Ciencias Sociales y Humanas, 10(18), 15-25.
- CAPPELLETTI, M., (1971). Procedimiento oral y procedimiento escrito. Italia: A. Giuffré.
- CALVINHO, G., (2008). El aporte del derecho procesal desde una visión abierta y sistemática. Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad Abierta Interamericana 2008. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (Ceja), (2009). Informe sobre los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas. Chile: CEJA.
- CHIOVENDA, J., (1980). Principios de derecho procesal civil. Buenos Aires: Cárdenas
- CIANCIA, O., (2009). La oralidad en el proceso civil y su incidencia en el trámite procesal. Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica.
- COTURE, E., (1987). Fundamentos de derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- DECAP, M., (2014). El juicio oral y los principios de mediación y contradicción. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. México.
- DELGADO, J., (2011). Principios del nuevo procedimiento laboral chileno. Chile: Lexis.
- DOMÍNGUEZ, J., (2007). Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al procedimiento civil chileno: III. Principios Procesales Relativos al Procedimiento. Revista chilena de derecho, 34(3), 595-598
- ESCOBAR, A., (2010). Manual de teoría general del proceso: fundamentos jurisprudenciales y doctrinales. Colombia: Universidad de Ibagué.
- ESPÓSITO, L., (1974). El principio de la oralidad y su complejidad jurídica. Panamá: Universidad de Panamá.
- FLORES, V., (2004). Sistema acusatorio y juicio oral. Bogotá: Editora de Colombia.
- GRACE, B., EDUARDO, C., HUMBERTO, P., & GÓNDOLA, M., (2010). La ventaja de un proceso civil por audiencias. Universitas Estudiantes, (7), 175-191.

- GASCÓN, F., (2008). Un nuevo instrumento para la tu-tela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía. *Revista Ius et Praxis*, vol. 14 N° 1: pp. 167-197.
- HERNÁNDEZ, V., (1998). Debido proceso y razonamiento judicial. Quito: Projusticia.
- HOUED, M., (1998). El debido proceso penal. *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- NERI, F., (2013). Principios procesales que rigen el sistema de audiencias orales civiles y mercantiles. México: Foro Jurídico. doi:467017126
- MORA, V., (2004). Sistema acusatorio y juicio oral. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia.
- MUÑOZ, F., (2009). Sobre oralidad y argumentación jurídica. *Dereito*, 18(2), 117-147.
- ORLANDO, D., Cubillos, M., Gómez, F., León, A., López, E., Martínez, M., Mestre, F., y Ordóñez, J., (2010). Parámetros y pautas para una adecuada regulación del trámite del recurso de apelación de sentencias en el marco de un proceso civil oral. *Universitas estudiantes*, (7), 261-287.
- PALOMINO, D., (2005). Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?. *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(1), 171-197.
- PALOMO, D., (2009). El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil. Modelo teórico y relevamiento empírico. *Ius Et Praxis*, 15(1), 437-442. Montevideo: Editorial Amalio y Ceja.
- PEÑA, E., (2012). El proceso. Colombia: ECOE. doi:512164406
- PEREIRA, S., (2008). El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil. Modelo teórico y relevamiento empírico. *Ius et Praxis*, 15(1), 437-442. Montevideo: Editorial Amalio y Ceja.
- PONCE, A., (1991). Derecho procesal orgánico. Quito: Fundación Antonio Quevedo.
- RAWLS, J., (1979). Teoría de la justicia. México: Fondo de cultura económica.
- ROJAS, S., Mestre, J., Pico, F., Corredor, M., Franco, F., y Orrego, C., (2010). La prueba como aspecto de necesaria consideración para hacer de la oralidad una realidad material en el proceso civil. *Universitas Estudiantes*, (7), 51-93.
- STORME, M., (2008). Más voz y menos letra. En defensa de la oralidad en los procesos judiciales. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. España: Universidad de Valencia.
- TARUFFO, M., (2008). Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. España: Universidad de Valencia.
- VÁSQUEZ, J., (2004). Derecho laboral ecuatoriano. Quito: Librería Jurídica Cevallos.
- VECCHIONACCE, V., (2004). Sistema acusatorio y juicio oral. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia.

PROTOCOLO PARA LA DIRECCIÓN DE ACTUACIONES JUDICIALES ORALES

Eje Temático: “Fortalecimiento de la administración de Justicia en Iberoamérica: las innovaciones procesales en la Justicia por audiencias, las nuevas tecnologías y el desafío de la formación judicial”

GRUPO DE TRABAJO: FORMACIÓN JUDICIAL

Países coordinadores: España, Ecuador y México. Países integrantes: República Dominicana, Ecuador, España, México, Argentina, Venezuela, Bolivia, Honduras, Costa Rica, El Salvador y Nicaragua.

I. FUNDAMENTO Y FINALIDAD

El principio de colaboración que debe regir la actuación de los poderes públicos se articula, entre otras, a través de técnicas funcionales mediante las que distintos sujetos acuerdan ejercer las competencias y funciones de las que son titulares de manera convergente en interés de la realización de un fin u objetivo común. Entre estas técnicas funcionales cabe distinguir el papel que desempeñan los denominados protocolos generales de actuación. Dichos protocolos sin contener en modo alguno previsiones que incidan, afecten o condicionen el ejercicio de la función jurisdiccional cuya independencia está constitucionalmente garantizada, lo que pretenden es establecer pautas o recomendaciones de actuación en un ámbito concreto.

Así, en particular, el presente *Protocolo para la dirección de las actuaciones judiciales orales* se concibe en el marco iberoamericano del Grupo

de Trabajo de Formación Judicial con el fin de concienciar a todos los/as Jueces/zas y Magistrados/as de la importancia de las liturgias y las formas externas en la dirección oral de los debates, y en la necesidad de que el juez/a promueva el principio de oralidad y evite todo comportamiento o prácticas de las partes que lo vulneren.

De este modo, se persigue lograr una mayor concienciación sobre estos aspectos y la adquisición o, en su caso, el perfeccionamiento de las habilidades para el manejo de estas situaciones. Y es que tal y como se plasma en Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, la escucha y la atención a los demás no son cualidades innatas, sino sobre las que se debe de trabajar, integrando la formación del juez.

En el presente protocolo se abordan algunas cuestiones que sugiere la dimensión escénica de las actuaciones judiciales. Lo que se presente con este protocolo es que las zonas de sombra existentes se superen tomando todos los operadores jurídicos conciencia de su decisiva importancia y, en consecuencia, desde el discurso de las razones el compromiso consiste en procurar vencer y superar unos usos innominados, ancestrales en algunos casos y acriticamente incorporados que poco o nada tienen que ver con los valores constitucionales que deben delimitar el escenario del proceso; donde, en definitiva, se libran las batallas más importantes para la efectiva garantía de los derechos y libertades que consagran los textos constitucionales.

Por ello, se recomienda dotar a las Escuelas Judiciales de los diversos poderes judiciales de medios personales y materiales suficientes con el fin de lograr un óptimo desarrollo de los programas formativos dirigidos a la carrera judicial en materia de dirección oral de debates.

II. PAUTAS GENERALES DE ACTUACIÓN

Los parámetros que deben tenerse en cuenta son los siguientes:

- La sociedad y sus miembros esperan que el/la juez/a, en el ejercicio de sus funciones, los respete y los escuche.
- El respeto se manifiesta mostrando consideración con la posición y la dignidad de las personas afectadas.
- La escucha es la aptitud del juez para prestar toda su atención a la exposición de hechos y a los fundamentos técnicos de las partes y de sus abogados. La escucha implica ausencia de subjetividades y de prejuicios. Esta cualidad conlleva no sólo mostrar una mentalidad abierta real, sino también la capacidad de ponerse a sí mismo en tela de juicio. La escucha será neutra, distante, pero no indicará condescendencia ni desprecio, será humana y empática.
- El/la juez/a interactuará con las personas y los abogado/as con dignidad, corrección y disposición.
- Creará en las vistas un ambiente sereno, escuchando con la misma atención a todas las partes del proceso y a sus representantes legales.
- Tendrá un comportamiento razonable, justo y prudente, descartando los excesos y la extravagancia en el ejercicio de sus funciones, manteniendo calma y prudencia antes los conflictos que se le presentan.
- Comportarse de manera respetuosa, cortés, y con la solemnidad requerida durante las actuaciones judiciales. Se expresará con mesura, respeto, de manera no discriminatoria y serena. Se

abstendrá de utilizar expresiones ambiguas, irrespetuosas, condescendientes, irónicas, vejatorias o dañinas.

- El/la juez/a velará por dictar resoluciones inteligibles y motivará su resolución de manera que todas las personas involucradas comprendan la lógica en la que se fundamenta.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado que la exigencia de que una persona “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial” es equiparable al derecho a un “juicio” o a “procedimientos judiciales” justos. Al respecto, la Corte Europea ha desarrollado el criterio según el cual un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión”.

Teniendo en cuenta las consideraciones previas y con el fin de homogenizar criterios sobre las facultades de dirección de los/as jueces/zas y magistrados/as se realizan una serie de recomendaciones en este punto organizándolas en cinco grandes bloques:

- Condiciones escénicas en el desarrollo de las actuaciones judiciales
- Sobre el uso de determinadas prendas o vestimentas.
- Buenas prácticas procesales en las actuaciones judiciales.
- Deber de puntualidad y sus consecuencias como aspecto de la buena justicia.
- Alteraciones del orden en la sala y sus consecuencias.

III. CONDICIONES ESCÉNICAS EN EL DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

La dirección de las actuaciones judiciales no sólo comporta obligaciones decisorias de tipo normativo si no que en igual grado de importancia reclama también un decidido y activo comportamiento del juez/a con las finalidades comunicativas del acto procesal y con los valores constitucionales y metajurídicos que deben configurarlo, como son los de dignificación, de realización del derecho a la igual consideración y respeto, de garantía activa de los derechos de defensa, de alegación y de interferencia razonable de los partícipes en el proceso decisional y, sobre todo, con el principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento.

Es por ello que el escenario y las condiciones escénicas constituyen un medio indispensable de realización de valores para lo cual el/la juez/a asume el rol de director principal y, por consiguiente, el respeto y la atención a las formas resultan esenciales para contribuir a la justicia de la decisión y también para el completo despliegue del material probatorio.

La realización del proceso justo y equitativo, como paradigma de adecuación tanto del acto procesal como de la decisión que le pone fin, depende tanto de la regla aplicada como de la forma en que ésta se aplica. Y es que, pocos escenarios como el del juicio oral sirven para patentizar la profunda dependencia de la justicia de la decisión del modo en que se haya desarrollado el rito que la precede y pocas veces, también, como en el plenario puede observarse con tanta claridad la relevancia del comportamiento de los operadores, en especial de los jueces/zas.

Existe una relación directa entre condiciones escénicas y garantías de principios constitucionales puesto que el juicio es un acto de reconocimiento de la condición de persona, de sujeto de derechos, en definitiva, de una

precondición del propio ejercicio de los derechos. Y es que esto es así porque no hay que olvidar que mediante el acto del juzgar, cuando el tribunal decide reconoce a su vez la condición política de personas de las partes involucradas en el proceso. Esto es, el denominado “mutuo reconocimiento” que implica que el juez/a, en el ámbito penal, debe a la vez juzgar y reconocer al culpable o al inocente, al mismo tiempo que el juez/a debe igualmente ser juzgado por las partes para que él también pueda ser reconocido. Muchas Salas de Justicia responden, originariamente o por inercia, a una concepción histórica determinada y sobre todo a una plasmación de valores tradicionales poco compatibles, en muchos aspectos, con el marco ideológico y normativo en el que debe desarrollarse un juicio oral conforme a las exigencias constitucionales.

Así en este primer bloque se recomienda:

(1) La asistencia de un/a Abogado/a en todas la materias se garantizará en todas las etapas del proceso. En materia penal, se debe configurar desde la imputación de una persona esté o no detenida, como un derecho indisponible. El Tribunal Europeo reafirma de modo inequívoco que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes. En este mismo sentido es jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, que el artículo 8 de la Convención contiene los lineamientos del llamado debido proceso legal. El “artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”.

En cuanto al alcance del debido proceso, también cabe mencionar que la Corte estableció en su Opinión Consultiva *Garantías Judiciales en*

Estados de Emergencia que “los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”.

(2) En el ámbito penal, el justiciable debería ubicarse en la sala en un lugar que le garantice una de relación fluida, confidencial e inmediata con su abogado/a defensor/a. En otros ámbitos jurisdiccionales también debe facilitarse un lugar que garantice el ejercicio efectivo de la defensa técnica de acuerdo con lo previsto en los ordenamientos jurídicos nacionales.

(3) La decisión de ubicación del acusado en estrados o de las partes en las actuaciones judiciales atenderá las características del espacio escénico donde se desarrolle el juicio, así como a las circunstancias específicas de cada caso en concreto, entre ellas la de víctimas, testigos, niñez y adolescencia, y en general, personas en situación de vulnerabilidad.

(4) En cuanto a las condiciones de custodia de la persona privada de libertad en la sala, se recomienda que sólo en el caso de que se individualice un peligro concreto de alteración del orden público o para la integridad física de los intervinientes en el proceso se entendería justificado que los agentes encargados del traslado y de la custodia permaneciesen en la sala al lado del acusado, sin perjuicio de que la legislación nacional contemple el uso de herramientas tecnológicas que garanticen la comparecencia del acusado . En el resto de supuestos, se entendería que el control de la situación de prisión provisional es del todo compatible con una vigilancia a una distancia

funcional que permita, además, garantizar la dimensión simbólica del principio de presunción de inocencia y la confidencialidad de los contactos defensivos.

(5) En cuanto a las medidas de sujeción física de la persona privada de libertad durante el desarrollo de las actuaciones judiciales es una decisión que valorará con criterios proporcionales y razonables a las circunstancias del caso concreto.

IV. SOBRE EL USO DE DETERMINADAS PRENDAS O VESTIMENTAS.

El análisis del juicio como escena y escenario regido por usos, reglas y normas en el mejor de los casos difusas sigue generando preguntas sobre cómo debe desarrollarse. Y entre esas cuestiones aparecen algunas tan relevantes como si es posible establecer límites sobre la indumentaria de los intervinientes, la necesidad de códigos de tratamiento uniformes o la posición en la que deben declarar las personas que acuden al juicio. La cuestión es compleja porque, en parte participa de una destacada ausencia de disciplina legal, pero cabe establecer unas pautas de actuación homogéneas al respecto.

Para ello, podemos distinguir entre las cuestiones relacionadas con la indumentaria, las que afectan a los profesionales togados y las que atañen a todas las personas que por alguna u otra razón participan en el juicio.

PROFESIONALES TOGADOS

(6) La dignidad de la indumentaria debe estar sujeta a parámetros específicos. El espacio de intervención correctora debería tomar en consideración los siguientes supuestos: primero, cuando la vestimenta escogida comprometa el reconocimiento social de las actuaciones judiciales; segundo, cuando aquella exterioriza signos o símbolos que puedan afectar el deber profesional de cooperación, en términos de probidad y lealtad, con el adecuado desarrollo de la actuación judicial; y tercero, cuando sugiera una intención de mofa o menosprecio a las finalidades a las que sirven las actuaciones judiciales.

(7) El uso o no de determinadas prendas de vestir (como por ejemplo, la corbata en el caso de los profesionales de sexo masculino) no tiene que interpretarse como una falta de respeto para el correcto desarrollo en las actuaciones judiciales.

PARTES INTERVINIENTES, TESTIGOS, PERITOS, ASISTENTES A LAS ACTUACIONES JUDICIALES

(8) La valoración que el juez/a haya de realizar sobre la adecuación de la indumentaria de los intervinientes no togados en las actuaciones judiciales debería tomar en cuenta las posibilidades situacionales de indumentarias alternativas, el grado cultural de la persona, su edad, su capacidad de comprensión de la trascendencia del acto en el que participa y, desde luego, en su caso, las motivaciones que pueden explicar la concreta indumentaria. Y es precisamente teniendo en cuenta dichos parámetros

cuando se pueden establecer límites pero justificando en la medida que pueda identificarse un riesgo de afectación del desarrollo de las actuaciones judiciales y de las finalidades a las que deben responder.

(9) En cuanto al uso de prendas que cubran el rostro, total o parcialmente, el juez/za deberá ordenar que la persona se quite la prenda que impida su identificación. En este caso no sólo están en juego problemas de identificación, desde luego esenciales, sino también y de mayor relevancia, de valoración del testimonio que se preste. El lenguaje no verbal, gestual, constituyen un objetivo de observación por parte del tribunal que puede adquirir una particular dimensión como elemento para la valoración de la información transmitida por el testigo, la persona acusada o el perito reconoce la libertad ideológica y religiosa frente a determinadas medidas y decisiones de los poderes públicos que limitaban o impedían el uso de estas prendas en determinadas actuaciones.

(10) El juez/a podrá llevar a cabo una labor de intervención correctora en todos aquellos supuestos que puedan originar problemas de práctica probatoria vinculados con la indumentaria o el uso de accesorios por los intervinientes, o que distorsionen su identificación o desfiguren el rostro o aspecto de los mismos.

(11) El juez/a no debería permitir que los intervinientes porten prendas o accesorios que pongan de relieve sentimientos de afecto o desafecto hacia la persona acusada, o hacia una de las partes, ni tampoco objetos que hagan referencia a la persona victimizada como fotografías o prendas con su imagen impresa.

(12) El juez/a debería de impedir la presencia de indumentarias con símbolos ideológicos relacionados con el objeto del proceso, en la medida en que puedan comportar un riesgo de confrontación ideológica con las partes del proceso o los asistentes, generadora de tensión y de afectación del orden del juicio pero también de afectación de la propia imagen de imparcialidad del propio tribunal.

(13) Deberían también impedirse la exhibición de símbolos o eslóganes racistas, discriminatorios o de incitación al odio.

V. BUENAS PRÁCTICAS PROCESALES EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES

(14) Las actuaciones judiciales deben desarrollarse en condiciones dignas para todos los intervinientes, aplicando un estándar riguroso de igualdad.

(15) Se debe de utilizar un código de comunicación homogéneo.

(16) Se debe de utilizar un comportamiento, trato y lenguaje respetuoso tanto en los diálogos entre las partes y el juez/a como entre los intervinientes.

(17) En el caso de personas en condición de vulnerabilidad el juez/a considerará las prescripciones contenidas en las *Cien Reglas de Brasilia*, y deberá ser particularmente sensible a elementos de interculturalidad que puedan surgir en el desarrollo de las actuaciones judiciales.

(18) La persona que presta declaración en juicio debería hacerlo preferiblemente sentada, teniendo en todo caso el juez/a la obligación de crear y garantizar una atmósfera serena que facilite a toda persona que intervenga en el juicio ser escuchada.

(19) El acusado tiene derecho a tomar notas, a solicitar y mantener el contacto defensivo con su abogado durante el desarrollo de las actuaciones judiciales.

(20) Las resoluciones orales están sujetas al deber de motivación al constituir una garantía vinculada con la correcta administración de justicia que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

(21) En cuanto al trato del juez/a respecto a las partes intervinientes, y en especial con relación al Ministerio Fiscal, hay que garantizar en cumplimiento del principio de imparcialidad y del deber de garantizarlo, que el juez/a mantenga una razonable y prudente distancia, en los momentos previos y posteriores a las actuaciones judiciales, considerando particularmente el contenido del *Código Iberoamericano de Ética Judicial*.

VI. DEBER DE PUNTUALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS COMO ASPECTO DE LA BUENA JUSTICIA.

Uno de los derechos que se espera que el juez/a garantice, en la medida de lo posible, es el deber de puntualidad ya que ello colabora al buen funcionamiento de la administración de justicia y al cumplimiento de una conducta ética y moral que responda a las directrices marcadas por los principios de buena fe y lealtad procesal.

(22) La puntualidad es un deber ético del juez. Así lo indican, el Código Iberoamericano de Ética Judicial (art.76) o la Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano que hablan de la puntualidad como un comportamiento del juez que le legitima como autoridad. El establecer criterios uniformes en cuanto a la puntualidad de las actuaciones judiciales coadyuvaría al éxito del sistema.

(23) Debe garantizarse que ninguna parte interviniente tenga que esperar a otra persona, esto es, que a cada asunto se le dedica el tiempo que necesita programando las actuaciones judiciales con tiempo suficiente.

(24) Se debe organizar la agenda de las actuaciones judiciales analizando el tiempo que cada proceso necesita en función de las circunstancias del caso, con el fin de evitar cualquier tipo de impuntualidad o de retrasos innecesarios. Es recomendable que los/as juez/as establezcan estándares de duración de las alegaciones de las partes en los debates sin menoscabo del derecho de defensa.

(25) Las facultades sancionadoras de la Administración de Justicia o del juez/a sólo deberían entrar en juego en aquellos supuestos en los que el retraso no estuviese debidamente justificado.

VII. ALTERACIONES DEL ORDEN EN LA SALA Y SUS CONSECUENCIAS

Estas recomendaciones tiene el propósito de favorecer una correcta prestación de los servicios de la Administración de Justicia así como facilitar la interrelación entre los usuarios del servicio, de ellos con el personal de justicia.

(26) Se consideran alteraciones que no pueden consentirse por parte del Tribunal los siguientes supuestos: la falta de escucha a los intervinientes, los comportamientos irracionales discriminatorios, injustos e irrespetuosos. Se entiende que todos los principios éticos relacionados con el compromiso profesional del juez/a con la excelencia, la cortesía, la moderación, la prudencia, la puntualidad, entre otros, son estándares mínimos que deberían de ser objeto de cumplimiento para garantizar el orden en la sala en la forma contemplada en el *Código Modelo Iberoamericano de Ética judicial*.

(27) Con el fin de prevenir el orden en la Sala, el Tribunal deben contar con medidas legales sancionadoras y del auxilio de la fuerza policial.

(28) Las imprecaciones no deben permitirse en las actuaciones judiciales puesto que nada aportan al debate de fondo y sólo producen descontrol y desorden.



Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2018
en la Imprenta Roma de la ciudad de Santa Rosa,
Provincia de La Pampa, Argentina.
Se imprimieron 250 ejemplares.



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gob.ar

