





**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN**

**FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES**

# **REVISTA**



**2005**

Los conceptos emitidos en los trabajos publicados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

*Dirigir correspondencia a:*

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad Nacional de Asunción**  
Calle Congreso de Colombia y Río Pilcomayo  
Santísima Trinidad

Asunción - Paraguay

# **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN**

## **DECANO**

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea,

## **VICE DECANO**

Prof. Dr. Antonio Fretes,

## **MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO**

Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión  
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce  
Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser  
Prof. Dr. Fernando Raúl Barriocanal Feltes  
Prof. Dr. Eric María Salum Pires  
Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado  
Abog. Alcides Desagracia  
Abog. Javier Antonio Villamayor  
Univ. Ignacio Dellavedova  
Univ. Carlos María Aquino  
Univ. Camilo Benítez

## **MIEMBROS SUPLENTES**

### *Docentes*

Prof. Dr. Adolfo Paulo González Petit  
Prof. Dr. Enrique Cantero

### *No Docentes*

Abog. Elber Caballero  
Abog. Evelio Vera Brizuela

### *Estudiantes*

Luis Esquivel, Oscar Forestieri y Mónica Bogarín

**DIRECTOR ACADÉMICO**

Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas

**SECRETARIO GENERAL**

Prof. Abog. Víctor Alfonso Fretes Ferreira

**REPRESENTANTE ANTE EL  
CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO***Titular*

Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado

*Suplente*

Prof. Dr. Sindulfo Blanco

**REPRESENTANTES ANTE LA  
ASAMBLEA UNIVERSITARIA***Titulares*

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea  
Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser  
Prof. Dr. Carlos Víctor Kohn Benítez  
Abog. Cristóbal Hermosilla  
Univ. Christian Román

*Suplentes*

Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas  
Abog. Gustavo Auadre  
Univ. Marcelo Maidana



## **INSTITUTO DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

Presidente:	Prof. Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano
Vicepresidente:	Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli
Miembros:	Prof. Dr. Carlos A. Mersán
	Prof. Dr. Ramón Silva Alonso
	Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
	Prof. Dr. Antonio Salum Flecha
	Prof. Dr. Jorge L. Saguier
	Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo
	Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
	Prof. Dr. Pedro Hugo Mersán Galli
	Prof. Abog. Myriam Peña

## **INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL**

Director:	Prof. Dr. Hugo Allén Meixeira	
Instructores:	Prof. Abog. Francisco José Carballo Mutz	Derecho Procesal Penal
	Prof. Dr. José Emilio Gorostiaga	Derecho Procesal Penal
	Prof. Dr. Hernán Casco Pagano	Derecho Procesal Civil
	Prof. Dr. Jorge Bogarín González	Derecho Procesal Penal
	Prof. Dr. Amelio Ramón Calonga Arce	Derecho Procesal Civil
	Prof. Dr. Hugo José Estigarribia Elizeche	Derecho Procesal Civil
	Prof. Dr. Carlos Celso González Alfonso	Derecho Procesal Civil
	Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes	Derecho Procesal Laboral

## **SERVICIO DE ASISTENCIA LEGAL**

Director:	Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy
Integrantes:	Abog. Lorena Morínigo
	Abog. Adela López
	Abog. Ana Valiente de Zaputovich
	Abog. Hugo Fernández
	Abog. Mabel Villordo
	Abog. Alba Cañete
	Abog. Lucilo Cardozo
Asistente:	Gladys Almada Cáceres
Secretario:	Jorge Chaparro

## NÓMINA DE PROFESORES EN EJERCICIO DE LA DOCENCIA EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U.N.A.(\*)

Profesor	Asignatura	Categoría	Curso	Turno
Alfonso de Bogarín Irma	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Tercera	Noche
Almada Cáceres Mirta Beatriz	Derecho Civil (Cosas)	Asistente	Tercero	Tarde
Almada Florencio Pedro	Derecho Civil (Cosas)	Titular	Tercero	Noche
Almada Florencio Pedro	Derecho Civil (Cosas)	Titular	Tercero	Tarde
Almada Florencio Pedro	Economía Política	Titular	Primero Tercera	Noche
Almirón Prujel Maria Elodia	D. Humanos	Asistente	Cuarto C. Primera	Noche
Allén Hugo	D. Procesal Civil I Parte	Adjunto	Cuarto	Tarde
Allén Hugo	D. Procesal Civil I Parte	Titular	Quinto	Tarde
Añazo de Ayala Lilia	Derecho Registral	Asistente	Cuarto- Notariado	Noche
Arce Obregón Carlos	D. Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Arce Obregón Carlos	Finanzas Públicas	Encarg. de Cátedra	Tercer C. Quiindy	Noche
Bajac Albertini, Miguel Oscar	Falencias	Asistente	Quinto	Noche
Barriocanal Fernando	D. Romano II Parte	Asistente	Segundo Primera	Noche
Barriocanal Fernando	D. Romano I Parte	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Battilana Nigra Raúl	Intr. al Derecho	Titular	Primero Segunda	Noche
Battilana Nigra Raúl	Intr. al Derecho	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Benítez Luis	D. Romano I Parte	Adjunto	Primero Segunda	Tarde
Benítez Luis	Historia Diplomática	Adjunto	Cuarto Seg. Cat.	Noche
Bernal Casco Gerardo	D. de La Niñez y la Adol.	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Caacupé	Noche
Blanco Sindulfo	Economía Política	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Blanco Sindulfo	D. Tributario	Adjunto	Sexto	Noche
Blasco Patricia	Criminología	Asistente	Primero Primera	Tarde
Blasco Patricia	Criminología	Asistente	Primero Segunda	Noche
Bogado Fleitas Oscar	D. Aeronáutico	Titular	Quinto	Tarde
Bogado Fleitas Oscar	D. Aeronáutico	Asistente	Quinto	Noche
Bogarín Sarubbi Jorge	D. Civil (Contratos)	Asistente	Quinto	Noche
Buongermini Mercedes	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Tercera	Noche
Caballero Giret Marco	Finanzas Públicas	Asistente	Tercero	Noche
Caballero Giret Marco	D. Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Calonga Arce Amelio	D. Procesal Civil I Parte	Adjunto	Cuarto	Noche
Castiglioni Alvarenga Carmelo	Derechos Intelectuales	Asistente	Quinto	Tarde
Cantero Enrique	D. Procesal Penal	Adjunto	Sexto	Noche
Cantero Enrique	D. Procesal Penal	Adjunto	Sexto	Tarde
Carballo Mutz Francisco	D. Procesal Penal	Asistente	Sexto	Noche
Carballo Mutz Francisco	Derecho Procesal Penal	Instructor	Sexto	Noche
Casal Di Lascio María Bellmar	D. del Trabajo y Seg. S.	Asistente	Segundo	Tarde

(\*) Lista proporcionada por la Secretaría de la Facultad.

Casal Di Lascio Maria Bellmar	D. del Trabajo y Seg. S.	Asistente	Segundo	Primera	Noche
Casco Pagano Hernán	D. Procesal Civil I Parte	Titular	Cuarto		Noche
Casco Pagano Hernán	D. Procesal Civil II Parte	Titular	Quinto		Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Intro. al Derecho	Titular	Primero	Primera	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	D. Político	Adjunto	Tercero		Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Filosofía del Derecho	Adjunto	Quinto		Noche
Colman de Florentín Georgina	Derecho Civil (Contratos)	Encarg. de Cátedra	Tercero	Notariado	Noche
Coll Rodríguez César	Filosofía del Derecho	Asistente	Quinto		Tarde
Coll Rodríguez Cesar	Derecho Romano II Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo	C. Quiindy	Noche
Coll Rodríguez César	Lógica Jurídica	Asistente	Primero	Primera	Noche
Couchonal Carlos	D. de la Integración	Encarg. de Cátedra	Tercer.	C. Quiindy	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	Intro. al Derecho	Asistente	Primero	Primera	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	D. del Trabajo y Seg. S.	Asistente	Segundo	Primera	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	Derecho del Trabajo	Encarg. de Cátedra	Segundo	C. Quiindy	Noche
Chase Plate Enrique	D. Administrativo	Titular	Quinto		Noche
Chase Plate Enrique	D. Constitucional	Asistente	Cuarto	Primera	Noche
De León Miguel Ángel	Derecho del Trabajo	Encarg. de Cátedra	Segundo	C. Caacupé	Noche
De León Miguel Ángel	D. del Trabajo y Seg. S.	Asistente	Segundo	Primera	Noche
Delmás Frescura Guillermo	D. Procesal Penal	Titular	Sexto		Noche
Elizeche Almeida Modesto	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto		Tarde
Elizeche Marco Antonio	D. Tributario	Titular	Sexto		Tarde
Elizeche Marco Antonio	D. Tributario	Titular	Sexto		Noche
Encina Marín Alejandro	Criminología	Titular	Primero	Tercera	Noche
Encina Marín Alejandro	D. Procesal Penal	Titular	Sexto		Noche
Encina de Riera Cruz	Criminología	Asistente	Primero	Segunda	Noche
Estigarribia Elizeche Hugo	D. Romano II Parte	Titular	Segundo	Segunda	Noche
Estigarribia Elizeche Hugo	Criminología	Titular	Primero	Segunda	Noche
Estigarribia Gutiérrez Hugo	D. Romano I Parte	Asistente	Primero	Primera	Noche
Estigarribia Gutiérrez Hugo	Intro. al Derecho	Asistente	Primero	Segunda	Noche
Fabrice Turbau	Derecho Mercantil I P.	Encarg. de Cátedra	Segundo	Notariado	Noche
Fernández Alarcón Rafael	D. Político	Asistente	Tercero		Tarde
Fernández Alarcón Rafael	D. Político	Asistente	Tercero		Noche
Fernández Alarcón Rafael	Criminología	Asistente	Primero	Tercera	Noche
Fernández Alicia	Derecho Político	Encarg. de Cátedra	Tercer	C. Caacupé	Noche
Fernández de Brix Wilfrido	D. Intelectuales	Adjunto	Cuarto		Tarde
Fernández Gadea Carlos	Derecho Agrario	Titular	Segundo	Primera	Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Marítimo	Titular	Cuarto		Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Mercantil I P.	Titular	Cuarto		Noche
Fernández Villalba Carlos	D. Marítimo	Asistente	Cuarto		Noche
Fernández Villalba Carlos	D. Marítimo	Asistente	Cuarto		Tarde
Fernández Villalba Carlos	Derecho Administrativo	Asistente	Quinto		Tarde
Fernández Villalba Julio	D. Agrario	Asistente	Segundo	Primera	Noche
Fleitas Arguello Francisco	D. Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto		Noche
Franco Benítez Martín	Derecho Romano II	Asistente	Segundo		Tarde
Franco Benítez Martín	Derecho Romano II	Asistente	Segundo	Segunda	Noche
Franco Benítez Martín	Lógica Jurídica	Encarg. de Cátedra	Primer	C. Quiindy	Noche
Fretes Antonio	D. Agrario	Titular	Segundo	Segunda	Noche
Fretes Antonio	Quiebras	Asistente	Quinto		Noche
Fretes Antonio	Derecho Agrario	Titular	Segundo		Tarde

Fretes Víctor	Sociología	Encarg. de Cátedra	Primer C. Quiindy	Noche
Fretes Víctor	Derecho Civil Cosas	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Quiindy	Noche
Galeano Pio	Derecho Mercantil II P.	Encarg. de Cátedra	Tercero Notariado	Noche
Galeano Romero Luis	Sociología	Asistente	Primero Primera	Tarde
Gaona Franco Patricio	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche
Gaona Franco Patricio	Derecho Penal II Parte	Encarg. de Cátedra	Sección Quiindy	Noche
Garay César	D. Humanos	Adjunto	Cuarto	Noche
Garay César	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Gomez Fleytas José Gaspar	D. Romano II Parte	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Gómez Frutos Raúl	D. Mercantil I Parte	Asistente	Cuarto	Tarde
Gómez Grassi Atilio	Quiebras	Titular	Quinto	Noche
González Morel Carlos	D. Notarial	Asistente	Cuarto Notariado	Noche
González Alfonso Carlos	Derecho Notarial	Titular	Cuarto Notariado	Noche
González Alfonso Carlos	D. Procesal Civil II Parte	Titular	Quinto	Tarde
González Ferreira Osvaldo	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Noche
González Macchi José Ignacio	D. Penal I Parte	Asistente	Segundo Segunda	Noche
González Macchi José Ignacio	D. Penal I Parte	Asistente	Segundo Primera	Noche
González Morel Carlos	D. Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
González Ferreira Osvaldo	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Noche
González Ferreira Osvaldo	Derecho Romano II Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
González Ferreira Osvaldo	D. Civil Personas	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Quiindy	Noche
González Petit Adolfo Paulo	Criminología	Titular	Primero Segunda	Noche
González Petit Adolfo Paulo	Medicina Legal	Titular	Cuarto	Noche
Gorostiaga José Emilio	Criminología	Titular	Primero Primera	Noche
Gorostiaga José Emilio	D. Procesal Penal	Instructor	Sexto Primera	Noche
Huerta Felipe Ramón	Economía Política	Encarg. de Cátedra	Primer C. Caacupé	Noche
Ibarra Enrique	Economía Política	Adjunto	Primero Segunda	Noche
Iriberry Fernando	Sociología	Asistente	Primero Tercera	Noche
Kohn Gallardo Marcos	D. Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Tarde
Kohn Benítez Carlos	D. Penal II Parte	Titular	Tercero	Tarde
Kohn Benítez Carlos	D. Civil (Sucesiones)	Titular	Sexto	Noche
Kohn Gallardo Marcos	D. Procesal Penal	Instructor	Sexto	Tarde
Lezcano Arias José Nicolás	Medicinal Legal	Asistente	Cuarto	Noche
Lezcano Claude Luis	D. Constitucional	Asistente	Cuarto Seg. Cat.	Noche
Llamas Francisco	Derecho Romano I Parte	Encarg. de Cátedra	Primer C. Caacupé	Noche
Llamas Gomez Francisco	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Primera	Tarde
Llanes Torres Oscar	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Tarde
Llanes Torres Oscar	Lógica Jurídica	Encarg. de Cátedra	Primer C. Caacupé	Noche
Martínez Simón Alberto	D. Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Tarde
Martínez Valinotti Inés	D. Aeronáutico	Adjunto	Quinto	Noche
Martínez Valinotti Inés	D. Intr. Privado	Asistente	Sexto	Noche
Martínez Valinotti Inés	D. Aeronáutico	Asistente	Quinto	Tarde
Melgarejo Eusebio	D. Intr. Privado	Asistente	Sexto	Noche
Mendelzon Mónica Mariana	D. Intr. Privado	Asistente	Sexto	Tarde
Mendonca Bonnet Carlos	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Mendonca Bonnet Juan Carlos	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Segunda	Noche
Mereles Leite Imbert	D. Procesal Civil I Parte	Asistente	Cuarto	Tarde
Mereles Leite Imbert	D. Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
Mersán Carlos A.	D. Tributario	Titular	Sexto	Noche

Mersán Galli Pedro Hugo	D. Intelectuales	Asistente	Quinto	Noche
Moreno Fátima	Derecho Civil (Contratos)	Encarg. de Cátedra	Cuarto Notariado	Noche
Moreno Rodríguez Liliana	D. Civil (Personas)	Asistente	Segundo	Tarde
Moreno Rodríguez José	D. Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Noche
Moreno Rodríguez José	D. Civil (Contratos)	Asistente	Quinto	Noche
Moreno Ruffinelli José	D. Civil (Personas)	Titular	Segundo Primera	Noche
Moreno Ruffinelli José Antonio	D. Civil (Personas)	Titular	Segundo	Tarde
Noguera Genes Rosa	Intr. Al Derecho	Asistente	Primero Primera	Tarde
Núñez Secundino	Filosofía Del Derecho	Encarg. de Cátedra	Quinto	Tarde
Núñez Secundino	Filosofía Del Derecho	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
Ocampos Luis Benito	D. de La Integración	Encarg. de Cátedra	Tercero Notariado	Noche
Ocampos Araujo Benito	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Noche
Ortega de Reyes Norma	Medicina Legal	Asistente	Cuarto	Tarde
Ortiz Pierpaoli Fremiort	D. Intelectuales	Titular	Quinto	Tarde
Oviedo de Torales Nimia	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto	Tarde
Ozuna Adolfo	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Páez Monges Manuel Maria	Historia Diplomática	Encarg. de Cátedra	Cuarto	Tarde
Paredes Doris Raquel	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Noche
Paredes Felipe Santiago	D. Procesal del Trabajo	Titular	Sexto	Noche
Paredes Felipe Santiago	D. del Trabajo y Seg. S.	Titular	Segundo Primera	Noche
Parquet Villagra Javier	D. Administrativo	Asistente	Quinto	Noche
Peña Myrian	D. Civil (Personas)	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Peña Myrian	Derecho De La Niñez	Asistente	Segundo	Tarde
Pereira Jiménez Maria Del Mar	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Primera	Tarde
Pereira Saguier Benito	Técnica Jurídica	Titular	Sexto	Noche
Pereira Saguier Benito	Técnica Jurídica	Adjunto	Sexto	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	Finanzas Públicas	Adjunto	Tercero	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	Economía Política	Adjunto	Primero Segunda	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	D. Tributario	Asistente	Sexto	Tarde
Pucheta de Correa Alicia	D. del Trabajo y Seg. S.	Adjunto	Segundo	Tarde
Pucheta de Correa Alicia	Derecho de la Niñez	Titular	Segundo Primera	Noche
Pussineri Oddone Francisco	D. Penal II Parte	Titular	Tercero	Noche
Recalde Carmen	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Recalde Carmen	Economía Política	Encarg. de Cátedra	Primer C. Quiindy	Noche
Reyes de Torres Eulalia	Sociología	Encarg. de Cátedra	Primer C. Caacupé	Noche
Riera Hunter Marcos	Lógica Jurídica	Titular	Primero Tercera	Noche
Ríos Avalos Bonifacio	D. Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Ríos Avalos Bonifacio	D. Mercantil II Parte	Adjunto	Quinto	Tarde
Ríos Avalos Bonifacio	D. Civil Obligaciones	Titular	Cuarto	Tarde
Rivarola Paoli Juan Bautista	Economía Política	Titular	Primero Primera	Noche
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Romano I Parte	Titular	Primer Segunda	Noche
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Inter. Público	Titular	Tercero	Tarde
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Inter. Público	Asistente	Tercero	Noche
Rivarola Pérez Juan Bautista	Economía Política	Asistente	Primero Primera	Noche
Rivas Laguardia Edgar	D. Civil Personas	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Caacupé	Noche
Rodríguez González Aldo	D. Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Tarde
Rodríguez Kennedy Oscar	D. Penal I Parte	Titular	Segundo	Tarde
Rodríguez Kennedy Oscar	Derecho Penal II Parte	Titular	Tercero	Noche
Rojas Benítez Olga	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto Primera	Noche

Rolón Fernández Emiliano	Criminología	Encarg. de Cátedra	Primer C. Caacupé	Noche
Rolón Fernández Emiliano	D. Penal I Parte	Asistente	Segundo	Tarde
Ruiz Díaz Labrano Roberto	D. Intr. Privado	Titular	Sexto	Noche
Ruiz Díaz Labrano Roberto	D. Intr. Privado	Adjunto	Sexto	Tarde
Ruiz Díaz Labrano Roberto	D. Integración	Adjunto	Tercero	Noche
Russo Cantero Carlos	D. de la Integración	Adjunto	Tercero	Noche
Saguier Guanes Jorge L.	D. Político	Titular	Tercero	Noche
Saguier Guanes Jorge L.	D. Político	Titular	Tercero	Tarde
Salum Flecha Antonio	Historia Diplomática	Titular	Cuarto Primera	Noche
Salum Pires Eric	Int. al Derecho	Adjunto	Primer Segunda	Tarde
Samaniego Correa Luis	D. del Trabajo y Seg. S.	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Samaniego Stella	Sociología	Asistente	Primer Segunda	Noche
Samaniego Stella	Sociología	Asistente	Primer Segunda	Tarde
Samaniego Stella	Sociología	Encarg. de Cátedra	Primer Primera	Noche
Sánchez Juan	Derecho Agrario	Asistente	Segundo	Tarde
Sánchez Cristóbal	Derecho Penal II Parte	Asistente	Tercero	Noche
Sánchez Cristóbal	Derecho Penal I Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Quiindy	Noche
Sánchez Cristóbal	Criminología	Asistente	Primer Primera	Noche
Sánchez Florentín Víctor	Derecho Civil Cosas	Encarg. de Cátedra	Tercer C. Caacupé	Noche
Sánchez Florentín Víctor	Derecho Civil (Cosas)	Asistente	Tercero	Noche
Sánchez Godoy Concepción	D. Procesal del Trabajo	Asistente	Sexto	Noche
Sánchez Godoy Concepción	D. Procesal del Trabajo	Encarg. de Cátedra	Sexto	Tarde
Sánchez Godoy Concepción	D. del Trabajo y Seg. S.	Asistente	Segundo Primera	Noche
Sánchez Juan Enrique	Derecho Agrario	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Quiindy	Noche
Sánchez Librado	Economía Política	Encarg. de Cátedra	Primer Tercera	Noche
Seall Sasiain Jorge	D. Constitucional	Asistente	Cuarto	Tarde
Sosa Centurión Luis Fernando	Derecho Agrario	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Sosa Centurión Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Noche
Sosa Centurión Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Tarde
Sosa Centurión Luis Fernando	Derecho Constitucional	Asistente Notariado	Tercero	
Sosa Elizeche Enrique	Derecho Administrativo	Adjunto	Quinto	Tarde
Sosa Jovellanos Carlos	Intr. al Derecho	Asistente	Primer Tercera	Noche
Sosa Jovellanos Carlos	D. Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Stanley de Mena Patricia	D. de la Integración	Asistente	Tercero	Noche
Torres Kirmser Domingo	Quiebras	Asistente	Quinto	Tarde
Torres Kirmser José Raúl	D. Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Torres Kirmser José Raúl	D. Mercantil II Parte	Titular	Quinto	Noche
Torres Rosas Delcy	D. Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Noche
Trovato Pérez Guillermo	Derecho de la Niñez	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Trovato Pérez Guillermo	D. de la Niñez y la Adol.	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Quiindy	Noche
Varela Daniel Francisco	Intr. al Derecho	Encarg. de Cátedra	Primer C. Quiindy	Noche
Varela Daniel Francisco	Introd. al Derecho	Encarg. de Cátedra	Primer C. Quiindy	Noche
Velásquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Primera	Noche
Velásquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Velásquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo C. Caacupé	Noche
Villagra Soledad	D. Humanos	Asistente	Cuarto	Tarde
Villalba Fernández Nery	D. Intern. Público	Encarg. de Cátedra	Tercer C. Quiindy	Noche
Villalba Fernández Nery	Economía Política	Asistente	Primer Primera	Tarde
Villalba Mendieta Olga	Derecho Agrario	Asistente	Segundo Segunda	Noche

Ynsfrán Saldívar Linneo	Derecho Civil (Personas)	Asistente	Segundo	Primera	Noche
Ynsfrán Saldívar Linneo	Derechos Humanos	Encarg. de Cátedra	Cuarto	Seg. Cat.	Noche
Yubero Aponte Ángel	Lógica Jurídica	Asistente	Primero	Primera	Tarde
Yubero Aponte Ángel	Derecho Romano I Parte	Encarg. de Cátedra	Primero	Notariado	Noche
Yubero Aponte Ángel	Derecho Romano I Parte	Encarg. de Cátedra	Primer C.	Quiindy	Noche
Zacarías Michelagnoli Enrique	D. Mercantil I Parte	Asistente	Cuarto		Noche
Zacarías Michelagnoli Enrique	Quiebras	Asistente	Quinto		Noche



**RESOLUCIÓN N° 569/2004****“POR LA CUAL SE CONFORMA LA COMISIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN”**

Asunción, 21 de diciembre de 2004.

**VISTA:** La necesidad de conformar la Comisión de Dirección de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A., y

**CONSIDERANDO:** Que la Facultad debe contar con la publicación de la Revista Jurídica que apunte a la consecución de dicho fin y refleje el ideario, tanto del Claustro de Profesores como de los demás estamentos que integran la Universidad Nacional de Asunción para beneficio de la Institución tanto a Docentes y Alumnos quienes podrán profundizar sus conocimientos del Derecho y se actualizarán en las distintas ramas del mundo jurídico.

Que el Consejo Directivo ha considerado el tema en sesión de fecha 21 de diciembre de 2004, Acta N° 27/2004.

Por tanto, en uso de sus atribuciones

**EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN****RESUELVE:**

**Art. 1°.** Nombrar la Comisión de Dirección de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, integrada de acuerdo a la siguiente nómina:

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea  
Prof. Dr. Antonio Fretes  
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión  
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce  
Prof. Dr. Fernando Raúl Barriocanal Feltes  
Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser  
Prof. Dr. Eric María Salum Pires  
Prof. Dr. Fausto Portillo  
Abog. Alcides Delagrancia  
Est. Ignacio Dellavedova  
Est. Camilo Benítez Aldana  
Est. Carlos María Aquino López

**Art. 2°.** Nombrar a los Profs. Dres. José Raúl Torres Kirmser y Ubaldo Centurión Morínigo como Coordinadores de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

**Art. 3°.** Comunicar y archivar.

Prof. Abog. ANGEL YUBERO APONTE  
Secretario General

Prof. Dr. ANTONIO FRETES  
Decano Interino

**RESOLUCIÓN N° 653 /2005.**

**“POR LA CUAL SE AMPLÍA Y SE INTEGRA LA COMISIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN”.**

Asunción, 2 de diciembre de 2005.

**VISTA Y CONSIDERANDO:** La modificación del Estatuto Universitario del que amplía la Comisión de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA, y la necesidad de integrar en consecuencia el cargo vacante que recae en la persona del Abogado JAVIER ANTONIO VILLAMAYOR.

Que el Consejo Directivo de la Facultad ha considerado el tema de ampliar e integrar un miembro más en la Comisión.

Por tanto, en uso de sus atribuciones legales y reglamentarias

**EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN**

**RESUELVE:**

**Art. 1°.** Ampliar la Comisión de Dirección de la Revista Jurídica integrando como miembro al Abogado JAVIER ANTONIO VILLAMAYOR, de acuerdo a los considerandos de la Resolución N° 569/2004, de fecha 21 de diciembre de 2004.

**Art. 2°.** Comunicar y cumplido archivar.

Prof. Dr. VÍCTOR FRETES FERREIRA. Secretario General.  
Prof. Dr. CARLOS FERNÁNDEZ GADEA. Decano.



## INDICE

EDITORIAL .....	25
-----------------	----

## DOCTRINA

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN LOS ESTADOS PARTES .....	31
--	----

*Por Antonio Fretes*

DE LA TRAICIÓN DE BENIGNO LÓPEZ CARRILLO A SU REDENCIÓN POR ARSENIO LÓPEZ DECOUD .....	39
---	----

*Por Antonio Salum Flecha*

ESTUDIOS DE LAS FINANZAS. ANÁLISIS PARA LA REFORMA CURRICULAR, POR EXIGENCIAS DEL MERCOSUR .....	51
---	----

*Por Luis Fernando Sosa Centurión*

LA JURISDICCIÓN LABORAL EN EL MERCOSUR .....	57
--	----

*Por José Raúl Torres Kirmser*

ROL DEL ESTADO EN CUANTO AL DERECHO A LA IDENTIDAD. AUTONOMÍA .....	65
--	----

*Por Alicia Beatriz Pucheta de Correa*

LA UNIVERSIDAD COMO ILUSIÓN .....	91
-----------------------------------	----

*Por Ubaldo Centurión Morínigo*

LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR: SU APLICABILIDAD DIRECTA POR LOS TRIBUNALES PARAGUAYOS .....	103
<i>Por Miryam Peña</i>	
EL PARAGUAY, ANTES Y DESPUÉS DE SU INCORPORACIÓN PLENA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	113
<i>Por Eric María Salum Pires</i>	
EL DERECHO ROMANO EN CRISIS .....	121
<i>Por José Gaspar Gómez Fleytas</i>	
MEDICIÓN DE LA PENA EN CASO DE VARIAS LESIONES DE LA LEY. ARTÍCULO 70 CÓDIGO PENAL .....	127
<i>Por Oscar Rodríguez Kennedy</i>	
REGLAMENTO DE GOBIERNO DE 1813 .....	169
<i>Por Luis Lezcano Claude</i>	
ESFUERZOS MUNDIALES DE HOMOGENEIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL .....	175
<i>Por José Antonio Moreno Rodríguez</i>	
NECESIDAD DE UN GOBIERNO GLOBAL COMUNITARIO .....	201
<i>Por Carlos Marcial Russo Cantero</i>	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN .....	231
<i>Por Elodia Almirón Prujel</i>	
LA FILIACIÓN. LA IMPORTANCIA DE ESTA INSTITUCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD Y EN NUESTROS DÍAS .....	249
<i>Por Linneo Ynsfrán Saldívar</i>	

EL JUICIO EJECUTIVO COMO PROCESO MONITORIO .....	261
--	-----

*Por Carmelo A. Castiglioni*

EL SISTEMA JURISDICCIONAL INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	275
--	-----

*Por Sergio García Ramírez*

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN .....	291
---	-----

*Por María Elena Acevedo González y Luis Fernando Sosa Centurión*

EXPERIENCIAS EN TORNO A CAMBIOS Y AJUSTES CURRICULARES, ENCARADOS EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA .....	311
---	-----

*Por Ramón Pedro Yanzi Ferreira*

LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: LA CONSULTA PREJUDICIAL .....	329
--	-----

*Por Ricardo Vigil Toledo*

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ANTE LOS JUECES NACIONALES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMUNITARIO .....	343
---	-----

*Por Walter Kaune Arteaga*

SOLUCIÓN JURISDICCIONAL DE LAS CONTROVERSIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA .....	371
---	-----

*Por Olga Inés Navarrete Barrero*

TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA .....	405
--	-----

*Por Francisco Miró Quesada C.*

EL HOMBRE, SER SOCIAL .....	419
-----------------------------	-----

*Por Carlos Fayt*

ESTRUCTURA Y SENTIDO DE LA DEMOCRACIA .....	437
<i>Por Agustín Basave Fernández Del Valle</i>	
LOS SUPUESTOS FÁCTICOS DEL CAMBIO DE LA JUSTICIA EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI .....	451
<i>Por Efraín I. Quevedo Mendoza</i>	
EL HABEAS DATA: ALCANCES Y PROBLEMÁTICA .....	475
<i>Por Néstor Pedro Sagüés</i>	
LA DEMOCRACIA COMO FILOSOFÍA Y ESENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN LOS UMBRALES DEL SIGLO XXI .....	485
<i>Por Alberto A. Spota</i>	
ESTADO Y CULTURA EN LA “CENTESIMUS ANNUS” .....	495
<i>Por Pier Luigi Zampetti</i>	
LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD .....	505
<i>Por Gustavo Adolfo Revidatti</i>	
LA DENOMINACIÓN DE LA CIENCIA POLÍTICA .....	535
<i>Por Horacio Sanguinetti</i>	
EL CARISMA DE UNA CONSTITUCIÓN PERDURABLE .....	541
<i>Por Jorge Reinaldo Vanossi</i>	

PALABRAS DEL PROF. DR. CARLOS FERNÁNDEZ GADEA DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN .....	583
PALABRAS DEL PROF. DR. JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER EN EL ACTO DE GRADUACIÓN .....	586
CUADRO DE HONOR .....	590
ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA CURRICULAR .....	601
<i>Por Luis Fernando Sosa Centurión</i>	
EL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y POLÍTICAS: UN DESAFÍO Y UN LOGRO .....	609
<i>Por Stella Samaniego de Centurión</i>	
CURSO DE POST GRADO. DIDÁCTICA UNIVERSITARIA .....	616
LA EDUCACIÓN EMPRENDEDORA EN LA UNIVERSIDAD .....	620
<i>Por Oscar I. Bogado Fleitas</i>	
PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL. AÑO 2006 .....	621
CALENDARIO ACADÉMICO. AÑO LECTIVO 2006 .....	631
RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL AÑO 2005 .....	636
DICTAMEN DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE DERECHO PÚBLICO .....	644



## EDITORIAL

### SIMBOLISMO DE UN ACTO ACADÉMICO

Fue momento muy propicio para reafirmar los principios morales de la abogacía el acto de graduación de los abogados de la promoción denominada con justicia “*Augusto Roa Bastos*”.

En ese nombre, los egresados tuvieron un ejemplo de inteligencia cultivada por sobre la mediocridad que tiene enferma la voluntad de lucha, un paradigma de dignidad que no se compra con prebendas ni con innobles promesas de paga, que si se aceptan, se claudica vergonzosamente en la ética que dignifica al ser humano.

*Augusto Roa Bastos* era el hombre que amó auténticamente la cultura, que cultivó egregios valores espirituales por sobre el dinero que busca comprar conciencias para fatuas exhibiciones de la vanidad.

*Roa Bastos* no se dejaba seducir con suntuosos banquetes ni con el oro reluciente de la ridícula pomposidad.

El gran escritor nacional era un intelectual insobornable, y su celebridad, que traspasó los límites nacionales, no alteró su humildad que mantuvo intacta frente a los pigmeos morales que sin ideas que ostentar ni principios que invocar, atropellan con inaudita osadía el decoro, la altivez moral y la decencia de las buenas personas, de aquellas que lo que conquistan, obtienen con esfuerzo perseverante, sincelador de méritos y honores que se ganan transitando el largo camino de la meritocracia.

*Roa Bastos* trasuntaba la vocación por la libertad de su pueblo que no nació para someterse a yugos ignominiosos, sino para vivir la apasionante aventura de la libertad, oponiéndose con honor y con coraje a tiranías crueles o totalitarismos retrógrados.

En la libertad, el Derecho fructifica y organiza la convivencia fraterna y civilizada, así como se erige en coraza de la dignidad humana.

Toda la vida de nuestro máximo escritor estuvo consagrada a exaltar la libertad y condenar la opresión que no quiere pueblos libres, sino conglomerados humanos humillados por la esclavitud.

En una atmósfera limpia habló en el reciente acto académico el distinguido padrino de la promoción electo por los egresados, no impuesto por designios bastardos.

Con la autoridad moral de quien sabe ejercer la docencia desde hace muchos años por haber ganado legítimamente sucesivos concursos de cátedra no digitados sino transparentemente realizados con rigurosa y leal competencia de títulos, méritos y aptitudes, dijo el prestigioso catedrático galardonado por sus ex-alumnos, en un discurso constantemente interrumpido por calurosos aplausos del público que eran como un espaldarazo moral al mérito y un categórico rechazo a manipulaciones desdorosas e inconfesables: *“Comprendo que es grande la satisfacción que experimentan al culminar con éxito sus estudios de abogacía. Y es hondo el júbilo, porque egresan de una institución más que centenaria entrañablemente ligada al progreso y la expansión de la cultura paraguaya”*.

*“Recordando mi época de estudiante quiero decirles que yo entiendo que fueron los mejores años de mi vida con intensa dedicación al Derecho, que es instrumento de paz y convivencia. He tenido durante ese tiempo, que siempre atesoro en el recuerdo, grandes maestros, que supieron estimular mi voluntad de superación”*.

*“Quiero aquí evocar a todos ellos con su sabiduría y con su humildad en la persona del recordado Jorge H. Escobar y de Ramón Silva Alonso, que supieron orientar y alentar mi dedicación hacia las disciplinas jurídicas en las que descollaron ampliamente, siendo el continuador de las cátedras en las que procuro estar a la altura de ese honor”*.

*“De ellos aprendí a desechar la arrogancia y a preferir la modestia del esfuerzo callado y persistente en las investigaciones jurídicas”*.

Luego, con la autoridad moral del padrino, dio estas valiosas orientaciones: *“Hoy quiero decirles lo que acostumbro manifestar a los jóvenes abogados cuando prestan juramento comprometiéndose a ejercer nuestra nobili-*

*sima profesión con rectitud y decoro. Amen al Derecho, viviéndolo como una constante lucha por la majestad de la Justicia. Cuiden sus acciones en un largo camino que le desafiará con crecientes tentaciones. No sacrifiquen sus principios, sucumbiendo ante la ambición desenfrenada del dinero y conserven como la mayor riqueza la dignidad de sus nombres para transmitirles a sus hijos, como el mayor legado moral que ellos sabrán proyectar al futuro con la misma honradez y con el mismo decoro”.*

Con estas palabras insistió el padrino sobre el valor irrenunciable de los principios éticos: *“Sostengan altivamente el pendón de la decencia. Compórtense como seres humanos buenos, noblemente inspirados, abiertos a la tolerancia, la templanza y la comprensión pero indeclinablemente firmes para salvar las convicciones que nacen de saber valorar las virtudes fundamentales y la lealtad sin grietas posibles a la causa del bien común”.*

*“Cumplan el imperativo ético de enaltecer la democracia como ciudadanos responsables, conscientes de sus derechos y también de sus deberes”.*

*“Sean custodios del Derecho como base indispensable para la concordia y la defensa de la dignidad humana”.*

*Unamuno decía que es grande el científico, pero es más grande el corazón del patriota que inspira las acciones del científico. Quizá por eso dijo el orador: “Cada día rindan homenaje a la Patria con su insobornable conducta ética, con fe en los ideales por los que lucharon y murieron los valientes, demostrando que el patriotismo no se declama, sino que se vive con coraje y autenticidad”.*

*“La democracia se engrandece con la pureza del espíritu que excluye el egoísmo y la mezquindad, rechazando la ambición de adquirir riquezas mal habidas”.*

Con estas expresiones resaltó el orador la solidaridad y condenó la exagerada búsqueda de lucro a costa de cualquier principio o ideal, lo que hace incurrir en inconductas censurables o en tristes y repudiables actos de corrupción. El discurso del Decano de la Facultad puso énfasis también en la formación del abogado.

La larga y fecunda historia de una institución no se logra por decreto; es un tesoro que se forja con el esfuerzo paciente de décadas y décadas de consagración permanente e inalterable a los deberes. Por eso, el distinguido

padrino expresó: *“Queridos jóvenes, hoy egresan de esta antigua casa de estudios superiores que tiene una tradición honrosa y que ha dado al país figuras rutilantes en el campo jurídico, en el vasto ámbito de la cultura y del civismo respetuoso de la ley y siempre leal a las inquietudes y esperanzas del pueblo paraguayo”*.

*“Tengan siempre presentes las enseñanzas de sus profesores que hoy les brindamos los mas fervientes augurios”*.

*“No olviden que les enseñamos a amar el Derecho, a luchar por su vigencia, a defenderlo con energía en el carácter, porque esta ciencia es brújula segura para marchar hacia el porvenir en pos de una sociedad más justa, fraterna y humana”*.

*“Les exhorto desde lo más hondo de mi corazón, que luchen siempre por la justicia y que en esa ardua batalla cotidiana piensen en que resplandezca el honor, bajo el generoso amparo de Dios”*.

Por último, recordó a los egresados que nunca dejen de tener presente este inflexible postulado ético del abogado que sintetizó el maestro Ossorio y Gallardo con estas claras y profundas palabras: *“Nunca pases por encima de un estado de tu conciencia”*.

En suma, fue un acto de graduación de gran simbolismo, una última lección de ética para los egresados que se alejaron de la antigua Facultad más animados que nunca, más convencidos que nunca del valor moral de la conducta del abogado, llamado por su profesión a ser artífice insobornable de una sociedad sana y libre, sin espacio para el triste renunciamento a los ideales que iluminan y engrandecen a la República, cuya honra no se vende ni se alquila.

Sólo se agiganta con la rectitud y el decoro de los ciudadanos que aman al Derecho y sirven honrada y lealmente a la Justicia.



# Doctrina



## **APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR EN LOS ESTADOS PARTES**

**Por Antonio Fretes (\*)**

Nos corresponde en este panel referirnos a las fuentes normativas del MERCOSUR. Hacerlo en un Foro como éste, que reúne a Presidentes y Ministros de Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados, así como a representantes de otros encumbrados órganos judiciales aquí presentes, revela el interés que asumen los mas altos tribunales sobre esta fuente tan particular del derecho que los órganos judiciales están obligados a conocer y aplicar correctamente.

El derecho de la integración, en su desarrollo más avanzado, como lo es el derecho comunitario, requiere la atención debida porque es la manifestación de la voluntad jurídica institucional de Estados que han decidido construir una comunidad jurídica por medio de la integración.

La sola manifestación del derecho, si no es comprendido en el ámbito para el cual está destinado, si no se conoce adecuadamente el contexto o marco legal en que se dicta una determinada norma, frustra su finalidad; de allí la importancia de que nos ocupemos de las normativas del MERCOSUR, las que incorporadas al orden jurídico de los Estados Partes se convierten en normas positivas cuya aplicación va afirmando ese derecho común de la integración.

---

(\*) Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Profesor Titular de Derecho Agrario y Ambiental y Profesor Adjunto de Quiebras en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Vice Decano e integrante del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Miembro del Consejo de la Magistratura. Ex Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Conocer y aplicar el Derecho del Mercosur, se vuelve así una responsabilidad fundamental de los órganos judiciales que integran un proceso de integración. Es el modo en que los magistrados actúan y contribuyen para la evolución del proceso de integración, pero para hacerlo se tendrá que estar permanentemente atentos y actualizados, porque este derecho evoluciona a un ritmo mucho mayor que las fuentes tradicionales del derecho a las que estamos acostumbrados.

En los procesos de integración, como el Europeo, han sido los órganos judiciales los que interpretando y aplicando el derecho comunitario, a través de los órganos nacionales en primer lugar, y luego por medio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como instancia última sobre el derecho comunitario, han contribuido a la credibilidad del proceso de integración y han hecho efectiva la seguridad jurídica, uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho.

Ha sido el órgano judicial comunitario el que ha perfilado la naturaleza jurídica del proceso europeo a través de los ya clásicos asuntos “Van Gend & Loos” y “Costa/ENEL”.(1) En el primero de estos ya clásicos asuntos, el Tribunal Europeo expuso:

“[...] El objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes [...] esta concepción está confirmada en el Preámbulo del Tratado, que, además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, mediante la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos [...] por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales [...]”.

En el asunto “Costa/ENEL” el Tribunal dijo: “A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Al instituir una comunidad de

(1) Van Gend en Loos (1962), Costa/ENEL (1964).

duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos”.

En el sistema de la Unión Europea “El Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas ostenta el poder judicial supremo y exclusivo para la resolución de todas las cuestiones relativas al Derecho comunitario. Su misión general se describe así: “El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado” (artículo 220 del Tratado CE).

Esta descripción general de su misión comprende los siguientes ámbitos fundamentales: 1. Control de la aplicación del Derecho comunitario tanto por las instituciones de la Comunidad al ejecutar las disposiciones de los Tratados, como por los Estados miembros y los particulares por lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario; 2. Interpretación del Derecho Comunitario; 3. Desarrollo del Derecho Comunitario.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desempeña esta misión en el marco de una función tanto consultiva como judicial” (2). Este papel fundamental que ha jugado la justicia europea (3) ha sido posible por haber comprendido que el derecho se materializa en su aplicación por los órganos judiciales, es allí donde se manifiesta y demuestra su efectividad, a nosotros nos cabe una responsabilidad igual.

En el MERCOSUR si bien el sistema el sistema de generación de fuentes jurídicas comunes es diferente, porque comparándolo con el europeo su estructura institucional es íntegramente intergubernamental. Ello no significa menor responsabilidad de los órganos judiciales nacionales.

(2) El ABC del Derecho Comunitario por el Dr. Klaus-Dieter Borchardt

(3) Sobre el funcionamiento del TJCE véase: Alonso García, Ricardo. «Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces .S.A. Madrid 1994. pág. 322.” Ello implica que el Tribunal de Justicia, garante tanto la legalidad como de la constitucionalidad comunitaria (A. Hoechst, 26 Marzo 1987 46-87).

En efecto, incorporadas las denominadas fuentes derivadas al ordenamiento jurídico interno de los Estados, son normas obligatorias y su interpretación y aplicación puede ser objeto de controversias entre particulares que recurren al Poder Judicial para hallar solución a sus conflictos, como de hecho se ha producido según es posible apreciar en el Primer Informe sobre la Aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales elaborado por la Secretaría del MERCOSUR (4).

Esto demuestra que tanto en el sistema comunitario europeo como en el sistema intergubernamental del MERCOSUR, los órganos judiciales no están ajenos a la aplicación de las fuentes originarias y derivadas del derecho de la integración. Debemos recordar que si bien el Protocolo de Olivos ha creado un Tribunal Permanente en el MERCOSUR, éste, así como los Tribunales Ad Hoc, se ocupan de los conflictos que los Estados plantean a través de sus secciones nacionales, pero a esta instancia los particulares no acceden por lo menos en esta etapa de su evolución.

El sistema intergubernamental en que se desenvuelve el MERCOSUR, se traslada también a la generación de las fuentes jurídicas. Todo el proceso legislativo que se dicta por los órganos con capacidad decisoria se establecen por consenso, lo que constituye una característica particular de este derecho que debe inspirarse y adecuarse a las fuentes originarias constituidas por el Tratado de Asunción suscripto el 26 de Marzo de 1991 y el Protocolo de Ouro Preto suscripto en diciembre de 1994. Estas son las fuentes que podríamos denominar fundacionales, a las que siempre habrá que referirse para percibir la adecuación de las normas derivadas a sus fines y objetivos.

El Protocolo de Ouro Preto "POP" significó la adecuación de la estructura institucional, y una transformación institucional al otorgar personalidad jurídica internacional al MERCOSUR. Por medio del Art. 53 del Protocolo dispuso la derogación "...de todas las disposiciones del Tratado de Asunción, de 26 de marzo de 1991, que se opongan a los términos del presente Protocolo y con el tenor de las Decisiones aprobadas por el Consejo Mercado Común durante el periodo de transición". Significó, por tanto, una reforma del Tratado de Asunción y una incorporación de disposiciones que ya no están en la estructura misma del Protocolo pero que asumen forma de fuentes

---

(4) "Primer Informe sobre la Aplicación del Derecho del Mercosur por los Tribunales Nacionales elaborado por la Secretaría del Mercosur". Editado por la Secretaría del Mercosur y por la Honrad Adenauer

originarias a las que deben sujetarse las disposiciones que sean dictadas por los órganos.

En cuanto a la formación del derecho del Mercosur coincidimos en que “En virtud de la obligación asumida expresamente por los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, no puede existir dudas de la existencia de un derecho de naturaleza especial en el ámbito del MERCOSUR, ni que de estos emane un ordenamiento jurídico común” (5).

Este derecho derivado surge por medio de los órganos con capacidad decisoria de acuerdo al Art. 2º del Protocolo de Ouro Preto que expresa “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR”.

Estos órganos son los que dictan las normas que los Estados Partes han resuelto deben ser incorporadas obligatoriamente en el ordenamiento jurídico interno tal como surge del Art. 38 del Protocolo de Ouro Preto al decir de forma expresa que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR ...”.

Como órgano al cual corresponde la conducción política del proceso y encaminar los objetivos previstos en el Tratado de Asunción, el Consejo del Mercado Común “CMC”, es el órgano superior del MERCOSUR y también el órgano del cual emanan la mayoría de las normas obligatorias que se van incorporando como normas obligatorias por sí mismas o que son incorporadas al ordenamiento interno por su incorporación al ordenamiento jurídico interno por este carácter, según lo que se desprende del artículo 3º del Protocolo de Ouro Preto y especialmente del Art. 9 del mismo protocolo que dice: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”.

Esta incorporación, se produce a través de los órganos internos competentes según el área a que corresponda la normativa, salvo en los casos en que no es preciso ratificación o acuerdo específico del Consejo del Mercado Co-

(5) Ruiz Díaz Labrano, Roberto “MERCOSUR, Integración y Derecho”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Año 1998.

mún. El Protocolo de Ouro Preto en su artículo 40 estableció un procedimiento buscando garantizar la vigencia simultánea en los Estados involucrados de las normas emanadas del MERCOSUR:

I. Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

II. Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte;

III. Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

No obstante, se ha manifestado en forma reiterada que una de las grandes debilidades del MERCOSUR es la falta de incorporación o internalización de las normas al ordenamiento jurídico interno.

A nuestro modo de ver, este es un punto esencial que debe ser abordado de una manera más decidida por los órganos del MERCOSUR, teniendo en cuenta que la claridad normativa facilita la aplicación del derecho por los órganos encargados de resolver los conflictos y controversias.

De hecho no resulta fácil determinar cuáles son las fuentes jurídicas derivadas del MERCOSUR, tampoco resulta fácil cuando se trata de establecer la compatibilidad entre las fuentes o la superioridad de una norma sobre otra, lo que dificulta su aplicación por los jueces nacionales.

En este sentido, para establecer cuales son las fuentes normativas del MERCOSUR jerárquicamente ordenadas, podemos señalar el Art. 1º del Protocolo de Olivos que establece como ámbito de aplicación del Protocolo la interpretación, aplicación o incumplimiento de las siguientes fuentes, el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

El citado artículo no se limita, sin embargo, a las controversias sobre estas fuentes directas, también a las controversias que pudieran suscitarse como consecuencia de la pertenencia de los Estados Partes de forma individual a la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas de preferencias y a las controversias que se susciten por la aplicación de sus reglas observadas desde su compatibilidad con los instrumentos normativos del MERCOSUR.

Se puede apreciar desde esta perspectiva que el cuadro normativo en el cual un magistrado judicial deberá encontrar la solución jurídica de las cuestiones que les sean sometidas, no están sólo y exclusivamente limitadas a las fuentes normativas directas del Mercosur, sino también aquellas que implique la compatibilidad normativa con otros instrumentos relacionados a otros acuerdos que integren los Estados Partes.

De su ámbito de competencia, por estar atribuido específicamente al Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, están excluidos los conflictos o controversias entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación u omisión en la aplicación de sus fuentes normativas, pero fuera de ellos el órgano judicial podrá entender y aplicar las fuentes jurídicas del MERCOSUR, lo que exige del magistrado un conocimiento acabado del funcionamiento de estas normas, su alcance y compatibilidad con otros instrumentos jurídicos.

La cuestión de clarificar las fuentes jurídicas del MERCOSUR representa una necesidad para facilitar su aplicación, lo mismo cabe decir respecto de la jerarquía normativa, que con relación a las fuentes originarias no ofrece dificultades como tampoco cuando se trata de los Protocolos, teniendo en cuenta que en ambos casos se determina el momento exacto de su entrada en vigencia, pero las dificultades no son pocas cuando se trata de verificar si una norma derivada se encuentra o no vigente, si ha sido ya incorporada al ordenamiento interno y en tal caso por qué tipo de instrumento, así como cuando se trata de establecer la compatibilidad con otros instrumentos jurídicos.

En el excelente trabajo realizado por Alejandro Perotti y Deisy Ventura – ambos de la Secretaría Técnica del MERCOSUR – en el libro “El Proceso Legislativo del MERCOSUR” (6) los mismos afirman “... sucede muy a menudo que una norma incorporada al derecho nacional de un país, y en teoría

---

(6) Alejandro Perotti y Deisy Ventura “El Proceso Legislativo del Mercosur”, editado por la Honrad Adenauer, Montevideo 2004.

en vigencia en él, no es aplicable en otro pues éste no ha procedido aún a la recepción de la norma del MERCOSUR por su sistema jurídico.

La falta de determinación de los casos en los que deberá seguirse el proceso de incorporación, es decir, las hipótesis en las que se deberá recurrir a la disposición analizada (artículo 40), viene salvada por el artículo 42 del Protocolo. Dicho artículo reconoce, claramente, que existen supuestos en los que la norma del MERCOSUR derivada no necesitará de su previa incorporación al derecho interno para entrar en vigencia y ser plenamente aplicable, tanto en el ámbito del MERCOSUR como en el territorio de cada uno de los Estados miembros, por parte de las autoridades con competencia para ello.

La regla, la generalidad —como surge del propio tenor literal del artículo 42—, es la innecesariedad de la internalización; paralelamente, la exigencia de transposición o puesta en vigor en el derecho nacional constituye una excepción y, por lo mismo, merece ser interpretada en forma restrictiva. En caso de duda, deberá estarse por la aceptación del efecto inmediato.”

Por estas dudas, el Consejo del Mercado Común se encuentra abocado a buscar una solución que implique la incorporación automática de aquellos instrumentos que no requieran ratificación o un acto de naturaleza especial para su entrada en vigor, así como tratar de acordar entre los Estados Partes un criterio normativo común, compatible a todos los ordenamientos jurídicos, por el cual incorporar aquellos que necesiten internalización especial.

Concluimos estas palabras diciendo que la labor de los órganos judiciales para la aplicación del Derecho del Mercosur está ligada estrechamente a la facilidad de comprensión de las fuentes normativas, a que disminuya la diversidad de actos internos nacionales con los cuales son internalizadas las normas dictadas por los órganos con capacidad decisoria, por lo que todo esfuerzo en tal sentido debe ser acompañado y apoyado para que en el Mercosur se pueda alcanzar certeza y seguridad jurídica.



## **DE LA TRAICIÓN DE BENIGNO LÓPEZ CARRILLO A SU REDENCIÓN POR ARSENIO LÓPEZ DECOUD**

*Reseña de la guerra de 1864-70*

**Por Antonio Salum Flecha (\*)**

Ángel Benigno López, es el benjamín de los hijos de Carlos Antonio López, no sólo él estuvo involucrado en la conspiración contra el primogénito Francisco Solano López sino también su madre, Juana Pabla Carrillo, sus hermanas Inocencia y Rafaela con sus respectivos esposos el general Vicente Barrios y Saturnino Bedoya a más de Venancio López.

Llegado el momento de la rendición de cuentas, fue Ángel Benigno el que con hombría mal aplicada y sin arrepentirse en momento alguno asumió la responsabilidad y el liderazgo de la conspiración y, al momento de la ejecución, fue el primero en dar el paso frente al pelotón de fusilamiento. Por tanto, aunque se transformó en el antihéroe por haber perdido la compulsa, de haber sido a la inversa, tampoco hubiera engalanado las páginas de la historia universal como el mariscal López cuya exclamación antes de ser rematado por el enemigo de “¡muero por mi patria y con la espada en la mano!” no fue imitada por su amigo, Napoleón III, al rendirse en Sedán a los prusianos sólo seis meses después de Cerro Corá.

No es fácil comprender los verdaderos motivos que tuvo Ángel Benigno para conspirar contra su hermano mayor durante la guerra que llevaba sosteniendo como presidente de la República del Paraguay durante la Triple Alianza desde 1864. Sólo podría mencionar que a partir del matrimonio de

---

(\*) Consejero de la Academia Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Carlos Antonio López con Juana Pabla Carrillo surgieron rumores en el vecindario de que ella había quedado preñada de su padrastro, Lázaro Rojas, rico terrateniente, por cuyo motivo aquel, apenas nacido su primogénito Francisco Solano, se convirtió en hacendado; y motivo, precisamente, por el que “Solo entre Benigno, Inocencia y Rafaela se trataban como verdaderos hermanos, mientras Venancio, carente de personalidad, estaba a las resultas de la decisión del grupo”, según Osvaldo Bergonzi.

Las especulaciones al respecto, como no podía ser de otra manera, fueron varias por lo que en esta oportunidad trataré de mencionar las que parecieran más factibles retrotrayéndome a los tiempos del dictador José Gaspar de Francia. A la muerte de éste, Francisco Solano López tenía solamente 13 años y su padre 50. Desde entonces, aunque ambos apenas intercambiaban palabras durante la dictadura, comenzaron a tratarse con mayor asiduidad las veces que su padre lo hacía llamar a su enigmático estudio impregnado de libros diseminados en sus estantes. En ese momento era él un muchacho temeroso por el terror que había conocido de niño, en casi total soledad por las limitaciones que Dios había puesto a su alcance.

Cuando cumplió 18 años, el presidente tenía ya suficiente poder como para compartirlo con él. Pensó rápidamente en el ejército, el único preparado para contener las ambiciones de los sacerdotes y el orgullo de los españoles de sangre azul, por cuyo motivo habían disfrutado de una gran libertad durante la dictadura francista. Habría por tanto, que mantenerlo cerca para asegurar el poder y su continuidad en el tiempo. Y para que así fuese, nada mejor que incorporarlo al ejército, para lo que desde luego le sobraba vocación, otorgándole el grado de general a los 19 años.

Al primogénito se sumaron sucesivamente Inocencia, Venancio, Rafaela y Ángel Benigno, quien era educado y culto, poseía interesante personalidad, además de orador elocuente. Pasó dos años en Río de Janeiro estudiando en la Academia Naval. Más tarde, acompañó a Francisco Solano en misión diplomática a Europa entre 1853 y 1854; y nuevamente viajó con él a Buenos Aires hacia fines de 1859 en carácter de secretario cuando fue aceptado como mediador en el conflicto suscitado entre la Confederación Argentina y la entonces provincia rebelde de Buenos Aires. Misión que culminó exitosamente con la firma del Pacto de San José de Flores que, con la garantía del gobierno paraguayo, selló la paz y la unión de la disgregada familia argentina el 10 de noviembre de 1859, con el que Benigno no estaba de acuerdo.

El contemporáneo que mejor trazó su semblanza fue el padre Fidel Maíz, uno de sus íntimos, quien recuerda a “aquel joven superior en preparación, y de ideas ampliamente liberales”. Además, amante de la buena vida, integraba la juventud dorada de la época y lucía por igual su gallardía en los salones como en los bailes orilleros, Por la noche hacía su partida de tresillo en el Club Nacional, el más distinguido de Asunción, y los cumpleaños de su padre y madre se festejaban en su residencia con un gran baile.

Por otra parte, Ángel Benigno López, a diferencia de Venancio conocido más por sus entreveros sensuales, tenía ideas liberales y era independiente en política. Actuaba con cautelosa reserva hacia su padre y de firme oposición a Francisco Solano, con los que disentía hasta en materia de política internacional. Durante su permanencia en Europa cuando era secretario de la misión diplomática cumplida por su hermano juntamente con Juan Andrés Gelly, se ahondaron sus diferencias. Fundamentalmente por la ostentación que hacía aquel de los medios económicos de que disponía y el derroche, no sólo en su beneficio sino también el de Elisa Alicia Lynch.

## II

Tras el deceso de su padre el 10 de setiembre de 1862, en cumplimiento del pliego reservado suscrito por él un mes antes, asumió la vicepresidencia de la República a fin de convocar el Congreso General cinco días después para proceder a la nueva elección presidencial. La noche previa, Ángel Benigno mantuvo una reunión en el Club Nacional con sus amigos y simpatizantes para veladamente sondear sus opiniones sobre su eventual candidatura, y no encontrando eco optó por retirarse aduciendo que mañana será un día de mucha actividad, como efectivamente lo fue. En la ocasión, el general Francisco Solano López, a pesar de alguna resistencia, fue electo presidente de la república por el periodo de diez años. Al tercer día, por denuncia del presbítero Manuel Antonio Palacios, afrontaron un tribunal el padre Fidel Maíz, el presidente del tribunal Lázaro Lezcano y el propio Benigno López, acusados de conspirar contra la Constitución del Estado. Consecuentemente, los dos primeros fueron condenados a cinco años de prisión y el último internado en una propiedad de la familia López en el interior.

Aunque al año siguiente el general López estaba plenamente consolidado en el poder, estaba preocupado porque el Brasil nada hacía todavía para reanudar las negociaciones sobre límites postergadas hasta 1862 por la convención Berges-Paranhos de 1856. En cambio, en la zona litigiosa fundó las colonias de Miranda y Dorados en flagrante violación del status pactado en

dicha convención. La situación se complicó todavía más en 1864 cuando se deterioraron las relaciones con la Argentina por el diferendo que surgió entre este país y el Uruguay por el apoyo que prestaba su gobierno al general Venancio Flores para derrocar al gobierno oriental. Los acontecimientos se precipitaron luego al presentar el Brasil un ultimátum al Uruguay amenazando con invadir su territorio por tierra y mar de no satisfacer sus exigencias. Asunción le advirtió entonces en su famosa nota de protesta del 30 de agosto de 1864 de que el Paraguay juzgará “cualquier ocupación del territorio oriental como atentatoria al equilibrio de los Estados del Plata... y descargándose, desde luego, de toda la responsabilidad de las ulteriores de la presente declaración”.

Lo que se cumplió tan pronto como el Brasil desestimó su advertencia, procediendo a la ruptura de sus relaciones diplomáticas, capturando al buque “Marqués de Olinda” en aguas del río Paraguay y enviando una fuerza expedicionaria hacia Mato Grosso para ocupar Coimbra, Albuquerque y Corumbá. Por último, en marzo de 1865 declaró la guerra a la Argentina por no haber concedido el paso inocente por su territorio a sus ejércitos, ampliándose peligrosamente las operaciones bélicas en dos frentes de lucha. Consecuentemente, tras ser derrocado el gobierno uruguayo por el general Venancio Flores, éste declaró inmediatamente la guerra al Paraguay, sumándose al tratado secreto de alianza ofensiva y defensiva con el Brasil y Argentina suscrita en Buenos Aires el 1° de mayo de 1865. Hecho que comenzó a preocupar seriamente a doña Juana Pabla Carrillo y a sus hijas Inocencia y Rafaela por lo que recurrieron al coronel Venancio López, entonces ministro de Guerra y Marina, para que intercediera ante el Mariscal a fin de poner término al destierro de Ángel Benigno, reintegrarlo a la familia y hacer que se sume a la defensa nacional.

La guerra siguió su curso inexorable y tras desarrollarse las campañas ofensivas de Mato Grosso en 1864, en Uruguayana y Corrientes en 1865, siguieron las campañas defensivas de Humaitá en 1866-68, de Pykysyry en 1868 y de Cerro Corá en 1870 lo que culminó con la muerte heroica del mariscal López el 1° de marzo a orillas del Aquidabán-nigüi. Antes de consumarse esta tragedia se había desarrollado otra en el ámbito familiar con insólitos actos de traición hacia el jefe de Estado cuya gravedad tuvo contornos inusitados con las características de una tragedia griega.

En Asunción, a partir de 1868 comenzaba a hablarse sobre la persona que podría suceder al mariscal López en caso de no poder mantenerse en el poder. Entre los nombres posibles figuraban Saturnino Bedoya, esposo de

Rafaela López, el canciller José Berges y Benigno López por el resentimiento que lo consumía ya que desatada la guerra no recibió mando alguno. En la capital sólo actuó como secretario del vicepresidente Francisco Sánchez mientras sus celos hacía Francisco Solano se excitaban con facilidad, sobre todo cuando su heroica resistencia comenzaba a despertar la admiración en el mundo aumentando el rencor que sentía hacia él. No eran ajenos a estos rumores Charles Washburn, ministro estadounidense, el cónsul francés Paul Cuverville y el secretario del consulado La Libertad.

El ministro Washburn, que había sido huésped de doña Juana Pabla Carrillo, se percató rápidamente que Benigno era su favorito con Inocencia y Rafaela. Se enteró también de que cuando el mariscal López enfermó, él se informaba constantemente de su estado de salud, pues si hubiera muerto habría llegado el momento de entrar en acción. Y como entonces no pasó nada, podría ser que esta vez sea su oportunidad. Sumido en tales elucubraciones casi permanentemente y decidido como estaba a recuperar sus postergaciones personales lo que lo embargaba, decidió entrar en acción. Sabía lo que eso podría costarle, pero la satisfacción de llegar al poder tenía su precio y si lo quería alcanzar, algún riesgo debía correr, pero no solo. Como hermano del presidente de la república y mariscal de sus ejércitos, tenía acceso fácil a las tertulias sociales y a los campamentos militares, conversando sin formalidades con todo el mundo. Interlocutor paciente y hábil, recogía confidencias sobre las que construía sus proyectos. La gente manifestaba estar cansada de la guerra y el país se hallaba minado de conspiradores efectivos unos y en potencia otros, por lo que el anhelo de paz era vigoroso en la clase acomodada que seguía conservando parte de sus bienes. La incertidumbre emergente cuando enfermó gravemente Francisco Solano, puso de manifiesto tanto sus ambiciones como el rencor acumulado en las mentes de los que habían perdido familiares y fortunas en la guerra. Existían hasta funcionarios que, si lograban sobrevivir al desastre, serían las primeras víctimas de los triunfadores, por los vínculos de parentescos o por las responsabilidades inherentes a sus cargos, pensando desde ya en una salvación oportuna.

De todos ellos, Benigno era el que mejor se informaba a través de la prensa extranjera sobre la abrumadora superioridad aliada. Conocía las infiltraciones de personas a las asociaciones secretas que operaban en la capital, cumpliendo órdenes emanadas del exterior con enlaces en el país. Por tanto, a su juicio, el mariscal debía dimitir o aceptar las imposiciones de paz de los aliados. El otro extremo sería su eliminación física, por lo que él debía prepararse para entrar en escena, algo que ya no podía demorar por la situación que estaba atravesando.

Sabía que entre los que podía confiar estaba el ministro Washburn, que encubría una ilimitada ambición para hacer fortuna rápida y fácil. Tenía esposa e hijos, ostentaba un indisimulado desprecio hacia quienes tenían la piel morena, se jactaba de la posición de sus hermanos en Washington, y era distinguido en Asunción por tratarse del único agente diplomático con rango de ministro plenipotenciario para hacer manifestaciones de adhesión al presidente de la República, aunque estaba siempre dispuesto a recoger una buena recompensa, así podía “librar al país del tirano”.

En una visita de dos días que éste hizo al mariscal López en San Fernando pudo informarse confidencialmente que Saturnino Bedoya estaba incomunicado y era muy maltratado, Benigno López estaba preso en un rancho cercano. Poco después se supo que Bedoya, detenido en diciembre de 1867 por malversación de fondos públicos primero y por conspiración después, había fallecido en la prisión de San Fernando, convirtiéndose en la primera víctima del proceso incoado. El vicepresidente Sánchez, por su parte, regresó por tierra a Luque para reasumir sus funciones.

### III

En el mes de julio, una de las personas traídas presas de la capital involucrada en la denominada conspiración, durante esos días, espontáneamente, comprometió a más de 200 personas, entre quienes figuraban los hombres más conspicuos de Asunción, con muy raras excepciones, y otros del interior que ejercían el cargo de juez y jefe de las milicias urbanas. Cuando el mariscal López constató el número y la calidad de las personas involucradas, mandó remachar una barra de grillo a Benigno, entregándolo a la custodia de una guardia especial que se instaló a alguna distancia del cuartel general.

Motivado por tales evidencias es que el mariscal López reunió en el corredor de su cuartel general a los generales Barrios, Resquín y Bruguez, al obispo Palacios y otras personas caracterizadas como Juan Crisóstomo Centurión, quien es el que después lo narra en sus Memorias de Guerra. Al término de la reunión, después de numerosas consideraciones, anunció la formación de nuevos tribunales en reemplazo de los que estaban funcionando y ordenó, por intermedio del coronel Caminos, a las autoridades de Asunción y Luque, el apresamiento de quienes aparecían implicados en la denuncia de conspiración. Por lo que a partir de ese momento comenzaba también ella a envolver a los miembros del cuerpo diplomático y consular y, obviamente, a otros miembros de los estamentos civil, militar y eclesiástico, sin consideración a sus respectivas investiduras.

Se inicia el procedimiento la noche del 11 de julio cuando al regresar Washburn de su acostumbrado paseo a caballo halló en su residencia un voluminoso oficio de 40 páginas del canciller interino en el que le rogaba que fuesen despedidos de la Legación, al día siguiente, todas las personas que no formasen parte de la misma, tanto Leite Pereira como los que habían sido mencionados por Washburn como “huéspedes” y con otras calidades...

Dos días después hubo en Asunción y en otros puntos de la retaguardia, arrestos en masa en relación con la conspiración que el gobierno anunció haber descubierto. El canciller Berges fue apresado el día 14 en su quinta de Sahinares; el doctor Tristán Roca, director de El Centinela, en Areguá. Fueron igualmente detenidos y concentrados en Luque casi todos los funcionarios del Estado, jueces de paz y jefes de milicias en la zona central; y extranjeros como Juan Padilla, enviado del presidente Mariano Melgarejo de Bolivia; Domingo Pomier; Alonso Taylor, constructor del palacio; así como Ignacio Galarraga, Pedro Anglade, Sinforoso Cáceres, Antonio Rebaudi, Codazo Azcona, Carolina Márquez, Benigno Gutiérrez, Enrique Tubo, Pío Pozzoli y muchos más.

También los cónsules de Italia y Francia recibieron una nota de la Cancillería comunicándoles que, “por exigencias de la justicia hacían necesario el arresto de los sirvientes masculinos de las casas consulares”, lo que se cumplió por intermedio del alférez Aquino.

Mientras se intercambiaban y procesaban interminables notas también con el ministro Washburn el Poder Ejecutivo casaba el exequátor expedido el 28 de marzo de 1864 al señor Antonio Vasconcellos, vice cónsul de Portugal, “por acusación comprobada de traición a la República como agente enemigo”. En ese momento, San Fernando se había convertido ya en un verdadero infierno, pues donde quiera se dirigiera la vista sólo se veían presos, generalmente personas respetables, conocidas, entre quienes existían vínculos, y gemidos de sufrimiento, los receptores del dolor y de la desesperación, así como los clamores de muchos inocentes arrastrados por la calumnia hacia una vorágine infernal de donde nadie salía con vida.

Asimismo, cuando el ministro Washburn fue requerido por nota de la Cancillería paraguaya a que entregara un paquete que el entonces canciller José Berges le había entregado en ocasión de una visita a su quinta de Salinares, donde estaba enfermo en cama, lo negó. En la misma ocasión, Washburn se enteró también de que el coronel Venancio López, que había sido llamado a San Fernando, fue arrestado a su llegada y sometido a proceso como partici-

pante en el complot revolucionario según la declaración de algunos de los procesados. Este preparó entonces una confesión escrita para el mariscal López, dando una relación detallada de conspiración que comenzó en un encuentro que tuvo Benigno con el ministro Washburn.

Entre otras cosas, refirió que “Washburn recibe de Benigno y Berges las noticias que envían afuera. Transmite las respuestas y las nuevas. Todos los papeles de la revolución, encerrados en un sobre engomado, lacrado y sellado, llevó el ministro Berges en persona a Washburn, quien lo puso en otro sobre y escribió de puño y letra: “Papeles privados de B.L.”. Entonces, estas declaraciones de Venancio precipitaron los acontecimientos y se inició la avalancha de notas entre el canciller interino Benítez y el ministro Washburn. Benigno declaró que había mantenido conversaciones con Washburn, criticando el sistema de gobierno y la política arbitraria del mariscal que se ocupaba de fabricar soldados, no ciudadanos”.

Abandonada San Fernando por los paraguayos, donde transcurrió la época más terrible de la guerra, el mariscal López se organizó nuevamente en Itá Ybaté donde continuó el ritmo siempre intenso de actividades como la que desplegó en Paso Pucú. Se supo en esta etapa de la contienda que Petrona Decoud (hija de Ramona Egusquiza y Pedro Nolasco Decoud que había sido acusado anteriormente de conspirar contra la vida del presidente Carlos A. López), estando ya en prisión Angel Benigno, con quien tuvo tres hijos y el cuarto en avanzado estado de gestación, se presentó en la vivienda de Elisa Alicia Lynch para suplicarle un favor que ni siquiera estuvo en sus manos conceder. Después de confesarle que el hijo que esperaba era de Benigno, quien estaba al borde de la ejecución, venía a rogarle que intercediera ante el mariscal para que le permitiera salir de San Fernando e ir a refugiarse en un pueblo vecino donde pueda dar a luz a su hijo. Compadecida entonces Elisa de Petrona Decoud a pesar de haber sido una de las que la hostilizaron con más saña, accedió a lo solicitado y le otorgó el ansiado salvoconducto que lo conservó hasta su muerte. Decía así

“De orden del Supremo pasarán a sus casas Ramona Egusquiza y Petrona Decoud con dos criadas llamadas Mercedes y Leona, debiendo presentarse a su llegada adonde corresponda. San Fernando, 28 de agosto de 1868. Palacios, Jefe de la Mayoría. Vº Bº F.S.L.”

El 4 de noviembre de 1868 el mariscal López solicitó al Consejo de Guerra que entendía en la causa de “Conspiración y traición a la Patria y a su Gobierno”, para que, al fallar en la causa “alivie o conmute la pena a que se

haya hecho acreedor el coronel Venancio López”. Sus restantes hermanos, Benigno, Rafaela e Inocencia, continuaban guardando reclusión a la espera de la sentencia, sin que hasta el momento hubiera mediado igual gracia. Es por eso que doña Juana Pabla Carrillo, desde su residencia en Ybyrá, actualmente Trinidad, solicitaba audiencia a su hijo a través del coronel Silvestre Aveiro, quien contestó diciéndole: “que no convenía que se molestara para ver a un hijo suyo, que conservaba su vida, más por voluntad de Dios que por bendiciones de ella”.

En diciembre de 1868 los sucesos, tanto en lo que concierne al proceso de San Fernando como en las acciones militares que marcarían la crucial antesala del sangriento y dramático fin de la guerra, estaban prácticamente definidos. El día 15 el mariscal López firmó la siguiente providencia: “Informado a la vez que mis hermanas, Juana Inocencia López esposa del general Vicente Barrios y Rafaela López de Saturnino Bedoya, aparecen en el proceso de conspiración y traición a la Patria complicadas en el crimen de sus maridos, y aunque abochornado y afligido de un procedimiento semejante, en cuanto la ley puede permitirme, vengo a pedir al Consejo de Guerra que ha de juzgar la causa que tomando en consideración el desgraciado extravío de una débil mujer que la más de las veces se deja arrastrar a los grandes principios por la influencia de un hombre, si del mérito del proceso resultaren tan culpables que la ley les imponga la última pena, el Consejo les alivie y conmute en otra pena esperando que tanta aberración y tanto olvido de sus deberes para con la Patria, sirvan por lo menos para su enmienda en adelante. Cuartel General de Pikysry, diciembre 15 de 1868. (Fdo) López. Fdo. Silvestre Aveiro, Oficial 1° de la Secretaría General”.

El Consejo de Guerra, finalmente reunido desde la medianoche del día 18 para sellar la suerte de “los principales y últimos reos” en vista de desencadenarse la gran batalla, que sería la decisiva y pondría posteriormente término a la guerra, fueron condenados a ser pasados por las armas con arreglo a ordenanzas. Entre ellos figuraba Venancio López, pero esta pena fue conmutada por la de diez años de destierro con suspensión de su empleo durante su condena, lo mismo que Inocencia y Rafaela a también diez años de destierro; y se declara que pertenecen al fisco todos los bienes de los reos acusados y condenados.

Entonces, cuando la batalla de Itá Ybaté se estaba iniciando, comenzó la ejecución de los mismos. Eran Manuel Palacios, Vicente Barrios, Benigno López, José Berges, Eugenio Bogado, José María Leite Pereira, Simón Fianza, Paulino Alén, Juan Bautista Zalduondo, Juliana Ynsfrán, Dolores Recal-

de y Mercedes Egusquiza. Mientras tronaban los cañones aliados el 21 de diciembre, Benigno López fue el primero en dar un paso al frente, siguiéndole luego los demás sentenciados.

Como epílogo del drama que acabo de narrar existieron hechos positivos como el alto nivel de progreso alcanzado por el país para envidia de sus vecinos, pero existieron también fallas en el desarrollo de la política interna y externa del Paraguay que, infortunadamente, no pudieron ser subsanados a tiempo debido, entre otras cosas, la rivalidad entre el primogénito y el benjamín de la familia López Carrillo. Sobre todo, por la verticalidad en el manejo de la diplomacia –si es que existió– y de las fuerzas armadas para su desenvolvimiento en las operaciones fluviales y terrestres, experiencias que no se deben olvidar aunque ya los tiempos han cambiado.

En cuanto al aspecto familiar y humano, nunca se podría comprender cómo el recelo o resentimiento entre hermanos podía haberse prolongado en tiempo de guerra tramándose una conspiración con la participación inclusive de diplomáticos extranjeros, como se llegó a comprobar, para poner fin a un conflicto bélico a expensas de la soberanía nacional. Pero si repudiable fue la actitud asumida en ese sentido por Ángel Benigno López, no puede desconocerse su valentía al sostener hasta el final su liderazgo y responsabilidad política a sabiendas de lo que arriesgaba. En contrapartida, digno igualmente de destacarse es el gesto del mariscal López de otorgar un salvoconducto a la pareja de Benigno López para que pudiera dar a luz fuera de la infernal San Fernando al hijo que llevaba en sus entrañas; y el posterior reconocimiento de éste, Arsenio López Decoud, quien, ante la posteridad, demostró poseer la visión de una progenie de hombres cuyo accionar político vivió entroncado en un cuerpo doctrinario de ideas y principios. Y aunque hubo pasiones, por sobre todas las cosas hubo ideas que apuntaban al bienestar de la comunidad y a la grandeza de la Patria.

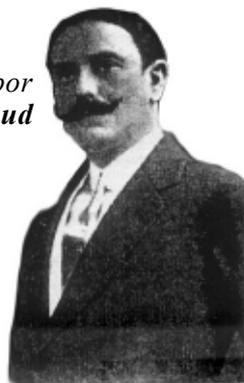
De ese modo, la actitud de Arsenio López Decoud, el hijo menor de Benigno López con Petrona Decoud, antes que repudiar a quien hizo ejecutar a su progenitor, a modo de rectificación de su conducta bajó a la turbulencia política para, como periodista de combate o tribuno en las tertulias políticas, apagar el fuego de las pasiones que aún existían. Por algo mantuvo una fraternal amistad con Juan E. O’Leary, pues siendo un López ante todo, encarnó a su modo la pasión de la Patria y la ambición de la belleza. Motivo por el que, como escribió O’Leary, “tenía el orgullo de su raza; que era la del prócer Carlos Antonio López y del mariscal implacable, ante cuya grandeza se inclinaba reverente”. ¿Acaso puede pedirse más?

***Reseña de la  
Guerra de 1864-70***



*De la traición de  
Benigno López Carrillo*

*a su redención por  
Arsenio López Decoud*





## **ESTUDIOS DE LAS FINANZAS. ANÁLISIS PARA LA REFORMA CURRICULAR, POR EXIGENCIAS DEL MERCOSUR (\*)**

**Por Luis Fernando Sosa Centurión (\*\*)**

A partir del V° Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, se ha generado un documento para el análisis de compatibilidades entre planes de estudio de carreras de *abogacía*. Las estructuras de los planes de estudios han definido dos grandes vertientes; *El Derecho Público y el Derecho Privado*. Y, a partir de ahí se han caracterizados las asignaturas que comprenden la formación sustantiva y de procedimiento.

Que, conforme a dichas directivas, se estaría implementando el “Proyecto Educativo Institucional”, que como tal “... tiene por norte fortalecer las relaciones entre las instituciones de educación, superior y su entorno social, económico, cultural, político o científico. Desde este punto de vista se trata de una construcción compleja, ya que implica mucho más que la llamada “flexibilidad” curricular...” (entendida ésta última como diversidad en la oferta de cursos y autonomía de opción”).

En este orden de acciones, se tienen programas de estudios que citamos en tres Universidades, respecto a las *Finanzas Públicas*.

---

(\*) V Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho y de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo.

(\*\*) Profesor Titular de Finanzas Públicas (1ª y 2ª Cátedra), Profesor Adjunto de Derecho Agrario, Profesor Asistente de Derecho Constitucional (Notariado), Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ex miembro de la Corte Suprema de Justicia.

### **Universidad de Buenos Aires - República Argentina.**

Un *Ciclo Básico Común*, que permite el paso al Ciclo Profesional dividido, a su vez en dos ciclos: *Ciclo Profesional Común* y *Ciclo Profesional Orientado*.

En el *Ciclo Profesional Común*, en la última etapa se tienen las asignaturas que hacen a los “*Elementos De Análisis Económico Y Financiero* (Cuatrimestral). A su vez el *Ciclo Profesional Orientado*, incluye cinco asignaturas obligatorias, para todas las orientaciones, entre las que figura: *Finanzas Publicas y Derecho Tributario* (48 horas) y es al finalizar el Ciclo Profesional Orientado que se otorga el título de *abogado*.

De acuerdo a la definición del contenido mínimo de las Finanzas Públicas, y *objetivos*, se tiene:

– Promover el conocimiento y comprensión crítica, y posterior evaluación de la actividad financiera del Estado (aspectos económico, sociológico, sociológico, técnico, político y jurídico).

– Interés hacia la orientación en Derecho Tributario, y propender a codificar esta rama del Derecho (técnico contable). Tender hacia tal especialización, tanto desde la administración fiscal, como de los órganos jurisdiccionales y de los estudios profesionales.

El programa de “contenidos mínimos”, que se cumple en la Universidad de Buenos Aires-República Argentina, es similar al de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, a los que se agregan: la Ley N° 1535/00 de Administración Financiera del Estado, Ley N° 276/94/Contraloría General de la República, las leyes anuales de ejecución presupuestaria, la legislación Municipal, y las leyes aplicables al Comercio Internacional (Trata los Convenios ratificados, Ley N° 106 4/97/Industria Maquiladora de Exportación, Ley N° 2.422/04 nuevo Código Aduanero).

**UBA/R.A.** “Concepto de finanzas públicas. El Estado: fines y funciones. Necesidades públicas y servicios públicos, La actividad financiera del Estado. El fenómeno financiero y sus distintos aspectos. Contenido de la Ciencia de las Finanzas Públicas. Derecho Financiero y Ciencia de las Finanzas. Origen y contenidos del Derecho Financiero. Aspectos Constitucionales que gravitan sobre la función ingresos-gastos públicos (regulaciones, principios,

derechos y garantías). El presupuesto público: presupuesto económico y presupuesto financiero, naturaleza jurídica, principios presupuestarios, etapas de la dinámica presupuestaria, ejecución y control del presupuesto. Gasto público: concepto, elementos y reparto de los gastos públicos. Clasificación, utilización del gasto público en vista al desarrollo económico, la acción anticíclica, el empleo y la redistribución del ingreso, fuentes del financiamiento. Recursos Públicos evolución histórica, clasificaciones, las empresas estatales; dominio financiero, recursos monetarios y la Banca Central (de la República Argentina), Crédito Público: concepto de crédito público concepciones clásicas y actuales sobre el uso del crédito público; deuda pública, exigibilidad jurídica de la deuda pública ilegítimamente contraída, concepto de empréstito. Recursos tributarios: concepto de sistema tributario, caracteres, distribución de la carga tributaria, presión tributaria y límites de la imposición. Concepto de tributo, elementos, el poder y la competencia tributaria; clasificación de los tributos. Concepto de Impuesto, diferencia con los otros tributos; impuesto óptimo, neutral, con fines fiscales o extrafiscales y con afectación específica, clasificaciones, efectos económicos. Tasas: concepto y naturaleza jurídica, elementos caracterizadores, graduación del monto, distintas especies en Argentina. Contribuciones especiales, contribución de mejoras; el peaje y su naturaleza jurídica, las contribuciones parafiscales”.

### **Universidad de Córdoba - República Argentina.**

El presente comentario se extrae de una investigación del origen y desarrollo de los estudios de la cátedra de “Finanzas y Derecho Tributario”, de la facultad: Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, y del Profesor Doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira (Decano de dicha Facultad, profesor de historia del Derecho Argentino).

En el período histórico de 1889-1998, la asignatura de Finanzas y Derecho Tributario registró diversas denominaciones. Originalmente se la designó como Finanzas Públicas, luego Finanzas y Derecho Financiero y posteriormente se la llamó Finanzas y Derecho Tributario.

Con la Reforma, y el *Nuevo Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía – Año 2000/Universidad Nacional De Córdoba*, se genera una suerte de gran transformación para esta materia, donde el programa se divide en tres partes: una introductoria, destinada al estudio del tributo, el Impuesto, la Tasa y las Contribuciones Especiales; otra sección general destinada al estudio del Derecho Tributario, Derecho Constitucional Tributario, Derecho Tributario Material, Derecho Tributario Formal, Derecho Procesal Tributario, Derecho

Penal Tributario y Derecho Internacional Tributario y una tercera y última parte, dedicada al estudio del sistema Jurídico Tributario Argentino, Impuesto a las Ganancias, al Valor Agregado, a los Bienes Personales, Aduaneros, Inmobiliarios, de los Automotores y de la Actividad Comercial y de Servicio.

Que, por las referencias señaladas, se impetra a la originalidad de una continuación de la Economía Política, y como antecedente correlativo del Derecho Tributario. Los temas incorporados a la Economía Política, como desarrollo programático fueron: la actividad financiera del Estado, gastos y recursos públicos, deuda pública, presupuesto y economía financiera. De igual modo fueron excluidos los temas atinentes del control presupuestario, que fuera incluido en el programa de Derecho Administrativo.

Conforme al Prof. Dr. *Ramón Pedro Yanzi Ferreira*, la *Reforma* tendió a "...La eliminación de la dispersión temática de la disciplina...", ...y todo esto "... permitió un tratamiento más profundo de la problemática propia de la materia con criterios estrictamente jurídicos lo que redundó en una mejor capacitación del estudiante de derecho, acentuando la pertenencia de la asignatura al campo del Derecho Público", lo que entendemos se puede hacer en la República del Paraguay, sin remitirnos al tiempo pasado en que las Finanzas Públicas, formaban parte de la *Economía Política*. Se mantendría así conforme a la propia cita del Prof. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, del Prof. Dr. *Guillermo Ahumada*, "...para quién el estudio enseñanza del fenómeno financiero debía realizarse en forma unificada "...desde el punto de vista económico, político, administrativo, sociológico, jurídico o de política económica...", circunstancia que sostuvo en el prólogo de la obra citada (4° edición), afirmando que con ello se consolida su "convicción" de que las fronteras entre ciencia y arte son ficticias y que el deber ser está grávido de lo que es, en función de interdependencia".

### **Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNA/Paraguay.**

Entendemos que a los fines del *Mercosur*, y en el marco de integración regional, "... la cuestión cultural y la dimensión educativa ocupan un lugar prioritario, las normas producidas por el *Mercosur* se inclinan hacia la afirmación acerca de que "la educación es un factor fundamental en los procesos de integración regional", además que resulta necesario..." responder a las demandas de un nuevo modelo de desarrollo basado en el logro de ... competitividad externa y justicia social en un contexto democrático y crecientemente participativo". (Protocolo de Integración-decisión 4/94). Tratado del Mercosur-1991.

La formación de una nueva cultura universitaria como resultado del cambio de estructura curricular, ya sea por áreas de capacitación científica del Derecho, con materias integradas (Departamentos Académicos del Derecho Público y Privado), o de formulación secuencial y correlativa de asignaturas (independientemente de sus designaciones o nominaciones), deberán responder a una política educativa de Integración de la Región del *Mercosur*. Tal es la exigencia de respuestas a las necesidades que demandan cambios sociales en el mundo contemporáneo.

Somos conscientes, desde nuestra asignatura de Finanzas Públicas, respecto a la generación de propuestas para la reinscripción de la materia en la reforma de planes de estudios de la carrera de *Abogacía*; inquietud que trasladamos a los demás profesores titulares (por cátedras), que tienen el desafío de la renovación de diseños curriculares, y dar como respuesta en el próximo Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA).





# LA JURISDICCIÓN LABORAL EN EL MERCOSUR

Por José Raúl Torres Kirmser (\*)

**Sumario: 1. Breves Consideraciones. 2. Argentina. 3. Brasil. 4. Uruguay. 5. Paraguay. 6. MERCOSUR. La Declaración Sociolaboral. 7. Conclusiones**

## 1. Breves Consideraciones

Las relaciones contractuales laborales, pueden estar tuteladas por un órgano especializado de la administración de justicia. No siempre esta especialización orgánica se da en todos los países, y cuando ella existe, tenemos la llamada “jurisdicción laboral”.

Procederemos a examinar cuál es el sistema –jurisdicción laboral especializada o jurisdicción ordinaria– que realmente impera en los países que forman el Mercosur.

## 2. Argentina

En este país, que tiene un sistema federal de Estado, la resolución de conflictos que involucran relaciones laborales, se dirime ante una jurisdicción especial, la de los tribunales del trabajo.

---

(\*) Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Profesor Titular de Derecho Mercantil y Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación, del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho UNA y de la Asamblea Universitaria UNA.

Como Estado federado, en la Argentina existen competencias provinciales y federales con multiplicidad de órganos judiciales en los dos ámbitos.

La solución de conflictos puede ser de instancia única o también de doble instancia.

### **3. Brasil**

Para solucionar los conflictos individuales y colectivos de trabajo en el Brasil, fue creada la Justicia del Trabajo, que tiene características distintivas bien propias y diferentes de las de otros países de América Latina.

Con la Constitución Federal de 1934 fue instituida la Justicia del Trabajo, pero sólo en el ámbito administrativo, ante órganos administrativos y no propiamente judiciales y fue organizada en el año 1939 por el Decreto Ley N° 1237.

Con la Constitución Federal de 1946 la Justicia del Trabajo pasó a integrar el Poder Judicial.

La Constitución Federal brasileña acuerda a la Justicia del Trabajo un poder normativo. En efecto, en materia de Derecho Colectivo, le da la facultad de establecer normas y condiciones, respetando las disposiciones legales y convencionales mínimas de protección del trabajo.

Esta disposición causó controversias de orden doctrinario y político, que versaron sobre la conveniencia de otorgar al órgano judicial un poder cuasi-legislativo, de creación del Derecho del Trabajo. También determinó algunas resoluciones del Supremo Tribunal Federal que tendieron a restringir esta facultad.

La jurisdicción del trabajo en el Brasil tiene tres instancias: primera instancia, la Junta de Conciliación y Juzgamiento (JCJ); segunda, el Tribunal Regional del Trabajo (TRT); y tercera, Tribunal Superior del Trabajo (TST). También es posible llegar a una cuarta instancia, cuando se trate de asuntos que involucren la materia constitucional, lo cual se dilucida ante el Supremo Tribunal Federal que en el Brasil se constituye en Corte Constitucional y es intérprete de la Constitución.

#### **4. Uruguay**

En este país también existe una jurisdicción laboral especializada a partir de la existencia de los Juzgados del Trabajo creados por la Ley N° 1803 del año 1960 para entender en la resolución de los conflictos individuales de trabajo. Luego se sanciona la Ley N° 14188 del año 1974, que crea la Justicia del Trabajo, que remite su competencia a la de los juzgados preexistentes. La jurisprudencia posterior consideró competentes a estos tribunales especializados para entender tanto en conflictos individuales como en los colectivos.

La particularidad de Uruguay es que no tiene una normativa procesal especial, ni aún un cuerpo normativo especial para normas de fondo. No obstante ello, la jurisdicción laboral aplica normas instrumentales del Código Procesal General en un sistema mixto: parcialmente oral y parcialmente escrito, pero de marcada preponderancia de la primera de estas formas.

La falta de una norma instrumental específica para lo laboral y de una norma sustancial también específica, no ha sido óbice para que estos tribunales especializados desarrollaran una amplia labor jurisprudencial, que es fuente directa de los derechos laborales en ese país. Se debe señalar que, aun con este sistema, Uruguay se encuentra a la vanguardia en la región en lo que hace al reconocimiento y la tutela de los derechos laborales; lo cual ha sido posible también merced a la valiosa labor de los doctrinarios de ese país.

#### **5. Paraguay**

Como los demás países de la región, Paraguay también cuenta con una jurisdicción especializada en materia laboral. La misma fue creada en el marco de los cambios sociales que se dieron en los años sesenta en América Latina, como consecuencia del largo proceso de codificación de leyes laborales que se inició en este continente a partir de 1930. En efecto, el Decreto N° 3080 del 18 de diciembre de 1937 organizó el Departamento Nacional del Trabajo, como autoridad competente para resolver los conflictos laborales. Con posterioridad se sancionó el Código Procesal, la Ley N° 742 del 31 de agosto de 1961, que entró a regir desde el 1° de abril de 1962. Por aquella época, la resolución de los conflictos colectivos económicos y sociales, se atribuyó a la Junta Permanente de Conciliación y Arbitraje, creada por la misma Ley N° 742, que constituía una instancia previa obligatoria a cualquier medida de fuerza (huelgas o paros). Dicho órgano no opera en la práctica porque no se halla contemplado en el Presupuesto General de Gastos de la

Nación, teniendo en cuenta que la Constitución Nacional de 1992 en su Art. 97 dispuso que el arbitraje sea optativo, por lo que los conflictos se resuelven ante los órganos judiciales especializados o mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos a iniciativa del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia y Trabajo).

Entonces, no sólo existe una jurisdicción especializada, sino también una norma instrumental o de forma especial. El Código Procesal vigente es siempre la Ley N° 742, a la que ya se hiciera alusión, con sus modificaciones posteriores, especialmente con la sanción del Código de Organización Judicial y la creación de varias circunscripciones judiciales.

En la actualidad existe un proyecto de modificación del sistema procesal paraguayo, que contempla la implementación de un código procesal general inspirado en el Código Procesal Civil Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y que, implica la unificación del modo de proceder en todas las materias, salvo penal y menores. Este proyecto de código general es de forma mixta: parcialmente oral y parcialmente escrito, con marcada preponderancia de las actuaciones orales. Los juristas del fuero laboral ha manifestado su disconformidad con la implementación de este sistema procesal unificado o unitario; pues, por una parte afirman: no innova en nada con respecto a las ventajas procesales que el actual Código Procesal Laboral ya consagra; y que por la otra, suprime una serie de elementos o resortes contemplados en este cuerpo normativo y que hacen posibles la plena vigencia y aplicación de institutos reguladores en la ley de fondo.

Sin embargo, los autores del proyecto sostienen que la sanción de la reforma propuesta hará efectiva la oralidad en materia laboral, que actualmente sólo existe en la normativa. Y que en nada interfiere con las normas de fondo en materia laboral, que pertenecen al contenido del litigio y no al continente del proceso, que es lo que el proyecto reforma.

En nuestro país la justicia laboral es de doble instancia. Excepcionalmente, las decisiones de la alzada son revisables por la vía de la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. En la práctica esta acción, que es extraordinaria, ha devenido en una verdadera tercera instancia y, por ende, en una dilación de los procesos, que desnaturaliza la esencia de los fines para los cuales fue creada esta jurisdicción, es decir, pronta y eficaz solución de los conflictos laborales.

Cabe añadir que en el país, la jurisdicción laboral es competente para dirimir tanto conflictos individuales como colectivos de índole laboral.

En cuanto a los conflictos individuales, para que caigan bajo la órbita de la jurisdicción laboral, se requiere la existencia de una relación contractual, que la ley caracteriza como una relación de dependencia. La jurisprudencia ha ido dando forma y modificando este componente de la relación, en una tendencia general de ampliación hacia algunas relaciones en las cuales la competencia pudiera considerarse como dudosa. Así, por ejemplo, situaciones que anteriormente no eran consideradas como típicamente laborales -tales como el caso de gerentes, administradores, inclusive profesionales liberales como médicos-, en la actualidad son consideradas sujetos de la tutela del Derecho Laboral, en razón de que en esas relaciones prima el elemento de subordinación; la tendencia actual de análisis y definición de este elemento, se dirige hacia la consideración no sólo ya de una dependencia de directrices o técnica, sino también económica. Esta tendencia busca paliar el fenómeno que se da en la actualidad de configurar relaciones contractuales simuladamente civiles, a fin de sustraerlas de la jurisdicción laboral. En este sentido la jurisprudencia es correctiva.

Se encuentran también excluidas de la jurisdicción laboral, a más de las situaciones puramente civiles, las relaciones de dependencia, que tienen como empleador al Estado. Efectivamente, la Ley N° 1626/00, De la Función Pública, sustrae de la competencia de los juzgados y tribunales del trabajo, la resolución de conflictos laborales individuales de los funcionarios públicos, desplazando dicha competencia hacia la jurisdicción contencioso-administrativa y electoral. Los únicos conflictos entre el Estado y sus trabajadores en los que conservó competencia la jurisdicción especializada del trabajo, son los conflictos colectivos, específicamente las huelgas de funcionarios.

Con respecto al así llamado “personal contratado”, la redacción de la norma deja inferir una asunción *ex lege* del carácter civil de la contratación y su consiguiente derivación a la justicia ordinaria en caso de litigio. De esta forma deja desprotegido al “trabajador público contratado”.

Finalmente, hemos de señalar que ciertas relaciones contractuales, como las que derivan de contratos deportivos, respecto de las cuales pudiera suscitarse algún debate acerca de la competencia que les es aplicable, ya que se encuentran en una zona gris o ambigua en cuanto al elemento de dependencia, han sido referidas en nuestra legislación expresamente a la jurisdicción laboral, eliminando así todo posible conato de discusión.

Cabe señalar que las relaciones contractuales laborales no caben dentro del ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires aprobado por Decisión del Consejo Mercado Común N° 01/94, que rige los asuntos contentiosos internacionales relativos a contratos de naturaleza civil o comercial. En efecto, el Art. 1° de dicho protocolo exige como condición para su aplicación la naturaleza civil o comercial de los contratos.

Por consiguiente, las relaciones contractuales de prestaciones de servicios, que no caigan bajo la órbita del Derecho Laboral, se regirán necesariamente, por este protocolo, siempre que esos contratos hayan sido celebrados por personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Mercosur.

## **6. MERCOSUR. La Declaración Sociolaboral**

La declaración socio-laboral del Mercosur no contiene normas relativas a la jurisdicción. Sin embargo, hace referencia a ciertos derechos esenciales, individuales y colectivos, de los trabajadores.

Esta declaración socio-laboral, pese a las divergencias que existen entre los doctrinarios con respecto a su naturaleza normativa, constituye, no obstante, cuando menos una declaración de intención surgida dentro del Mercosur sobre la tutela de los derechos de los trabajadores; lo que es bastante auspicioso, dadas las tendencias modernas en algunos países en relación con la flexibilización del Derecho Laboral, lo que eventualmente podría desembocar en una tentativa de supresión de la Jurisdicción del Trabajo.

Con esta declaración socio-laboral está claro que, para los países del Mercosur, el Derecho Laboral no sólo debe tener autonomía en cuanto Ciencia, sino también independencia legislativa y jurisdiccional, a fin de hacer efectiva la protección de las relaciones a las que se aboca, las cuales - por su naturaleza muy especial y socialmente en extremo sensible - exigen una tutela netamente diferenciada.

No debemos olvidar que en el campo de la integración, cuya génesis primigenia se da en el ámbito de las relaciones económicas, la cuestión del tratamiento de las relaciones laborales y la forma de resolución de los conflictos que en ese marco surjan no es irrelevante. Una asimetría en los distintos países del Mercosur con respecto a los derechos laborales y el modo de hacerlos efectivos a través de normas instrumentales, puede crear en aquéllos

importantes desarmonías económico-sociales, que pueden, finalmente, transformarse en un escollo para la integración efectiva de la región. La importancia de este factor fue apropiadamente reconocida en otras regiones integradas, cuyos procesos de integración han tomado debidamente en cuenta este elemento y se han lanzado seriamente a la tarea de armonizar normas y reestructurar las diferencias.

## 7. Conclusiones

Entendemos que es preciso preservar esta jurisdicción especializada en el ámbito del Mercosur y propender e impulsar la unificación de la materia legislativa en la región, a fin de resguardar cierto equilibrio económico y social dentro del Mercado Común.

La cuestión jurisdiccional sobre los aspectos sociolaborales en la región es una tarea que todavía falta desarrollar. El tema puede ser abordado desde diferentes ámbitos, buscando una instancia para la solución de estos problemas, teniendo en cuenta que el sistema creado por el Protocolo de Olivos (2002) no contempla la posibilidad de acceso, en forma directa, de los particulares a las instancias previstas en dicho Protocolo.

Lo que sí conviene destacar es que en los inicios, cuando se firmó el Tratado de Asunción (1991), los temas laborales estaban totalmente ausentes en los documentos oficiales; aunque se podría decir que figuraban ya implícitamente.

En mayo de 1991, en la Primera Reunión de Ministros de Trabajo del MERCOSUR (RMT), se propuso al Consejo Mercado Común la creación de subgrupos de trabajo para el estudio de las cuestiones sociolaborales, pero dicha propuesta no tuvo nunca el eco que se merecía (1).

---

(1) Sobre la temática sociolaboral en el MERCOSUR véase Alberto José Robles “Balances y perspectivas de los organismos sociolaborales del MERCOSUR”, expuesto en el Taller de Formación y Debate “El futuro del MERCOSUR”, organizado del 30 de abril al 2 de mayo de 2002 por la Coordinación de Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, con la Cooperación de la Fundación Friedrich Ebert en la Argentina.

Con el Protocolo de Ouro Preto (1994) la temática sociolaboral ingresa explícitamente en la misma estructura orgánica del MERCOSUR a través del Foro Consultivo Socio Económico (FCES) como “órgano de representación” de los sectores económicos y sociales, que ha creado una instancia que ya ha presentado importantes propuestas para el sector. No tiene capacidad de decisión, pero sus recomendaciones gravitan indiscutiblemente.

Por Resolución 15/99 del Grupo Mercado Común se creó la Comisión – Sociolaboral (CSL), un órgano auxiliar y tripartito que aborda los temas laborales.

En todas estas instancias existe clara preocupación por dotar al MERCOSUR de un órgano al cual recurrir para resolver sobre la aplicación de las normas comunes en materia laboral.

### **Bibliografía**

– *Capón Filas, Rodolfo E.* y otros. Nuevas Relaciones Laborales en el Mercosur. Buenos Aires, Ed. ENCASUR, 1ª ed. 280 págs.

– *Frescura y Candia, Luis P.* Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1ª ed. 1975

– *Paredes, Santiago Felipe.* Conflictos Jurídico-laborales. Asunción, Ed. El Foro, 1980, 100 págs.

– *Paredes, Santiago Felipe.* Guía Laboral. Asunción. Ed. Marben, 3ª ed., 2005

– Protocolo de Olivos.

– Protocolo de Ouro Preto.

– *Robles, Alberto José.* Balances y Perspectivas de los Organismos Sociolaborales del MERCOSUR.

– *Russomano, Mozar Víctor y otros.* A Competencia da Justiça do Trabalho na America do Sul. Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1981, 234 págs.

– Tratado de Asunción.



## ROL DEL ESTADO EN CUANTO AL DERECHO A LA IDENTIDAD. AUTONOMÍA

Por Alicia Beatriz Pucheta de Correa (\*)

### Introducción

Sustentamos que el *Estado* tiene un rol *protector del derecho* que tienen tanto el niño y la niña a ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento, puesto que la protección de la *persona* del niño o la niña es *responsabilidad de los primeros obligados, sus progenitores*.

La registración de la inscripción del nacimiento de los hijos por parte de los padres es mucho más que un simple acto administrativo, puesto que constituye un derecho humano esencial del niño/a, considerando que la inscripción involucra un emplazamiento en el estado de familia que, de acuerdo a ese origen biológico, le correspondel. Lo que a su vez conlleva la adquisición de otros derechos inherentes como *sujeto de derecho* en virtud del principio de *Autonomía progresiva*, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.

Según datos de UNICEF, basados en las cifras registradas en “*El progreso de las naciones*” de 1998, en la región de América Latina y el Caribe, no son registrados más de un millón de nacimientos por año.

---

(\*) Ministra de la Corte Suprema de Justicia y Vice presidenta primera de la misma. Presidenta de la Sala Penal. Miembro de los Institutos de Investigación de Derecho Privado y de Derecho de la Integración de la facultad. Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y Seg. S., Profesora Titular de Derecho de la Niñez.

*Abreviaturas usadas en este material:* CN, *Constitución Nacional*; CDN, *Convención de los Derechos del Niño*, CC, *Código Civil*; CPC, *Código Procesal Civil*; CNA, *Código de la Niñez y de la Adolescencia*, UNA, *Universidad Nacional de Asunción*; UDH, *Unidad de Derechos Humanos*, CSJ, *Corte Suprema de Justicia*.

Las estadísticas nos muestran la importancia del problema de la inscripción de nacimientos en la región. La dificultad está instalada en muchos de estos países, que carecen de mecanismos de control y seguimiento efectivos para determinar la magnitud real de la cuestión.

Todo niño o niña tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Cuando se conculca el derecho a la identidad del niño/a se le está negando su filiación de sangre o de origen y por ende sus lazos familiares. Y es aquí donde el Estado, en su rol jurisdiccional, debe velar para que estos derechos conculcados les sean restituidos de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones que haya contraído el Estado, en virtud de los documentos internacionales pertinentes en esta esfera. Extendiéndose esta protección a remover los obstáculos y a reestablecer rápidamente la identidad de un niño/a cuando éstos son privados ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos.

Para el presente trabajo hemos recurrido a investigaciones basadas en la experiencia recogida como aplicadora de Primera y Segunda Instancia en la Jurisdicción de la Niñez y de la Adolescencia, y como docente.

Dividiremos el trabajo en los siguientes puntos: I. Aspectos Sociales. II. Aspectos Jurídicos. III. Proyectos y proposiciones de reforma de la normativa en el Paraguay. IV. Propuesta de Armonización Legislativa en la región. V. Acciones Positivas.

## **I. ASPECTOS SOCIALES**

La República del Paraguay no ha permanecido ajeno a la falta de documentación o a la indocumentación de los niños, niñas y de los adolescentes, razón por la cual no se posee un registro real de la cantidad de niños, niñas de 0 a 13 años y adolescentes de 14 a 18 años en que, para mi país, de conformidad a la Ley N° 2169/03, alcanza la mayoría de edad. De ahí que exista una debilidad en el sistema en cuanto a los fines estadísticos que posee el Registro Civil (1).

De conformidad a los cuadros estadísticos realizados en el año 2002 por la Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos (oficina dependiente del Poder Ejecutivo), con los datos proporcionados se comprueban dos

(1) Art. 125 de la Ley 1.266/87 que dice: “Corresponde a la Dirección de Registro Civil, la recolección, procesamiento, análisis y suministro de las

hechos: **a)** que por razones culturales, especialmente en el área rural, los niños y las niñas son reconocidos e inscriptos a partir de la edad de la educación escolar básica obligatoria (6 años), este mismo fenómeno encontramos cuando los niños y las niñas se acercan a la edad en la cual pueden emitir su voto (18 años, Art. 120 de la CN), **b)** otra situación que se agrega es que los progenitores desconocen la Ley 1.377/99 que dispone la expedición gratuita del certificado de nacimiento y de la cédula de identidad, para quienes la solicitan por primera vez (Ley que derogó el Art. 14, inc. a) de la Ley 1.266/87, Del Registro Civil, que establecía una multa por inscripción tardía.

### Cuadro Estadístico. Paraguay 2002

Población total por grupos de edad, según área urbana-rural, sexo, anotación en el Registro Civil y tenencia de cédula de identidad.

<b>TOTAL PAÍS</b>	<b>5.163.198</b>			
<b>Edades</b>	<b>0-4</b>	<b>5-9</b>	<b>10-14</b>	<b>15-19</b>
Ambos sexos	607.301	663.294	644.714	576.807
Se anotó en el Reg. Civil	444.807	622.178	627.431	566.509
Tienen cédula de identidad	81.268	180.937	324.470	470.524
<b>Área urbana</b>				
Se anotó en el Reg. Civil	252.621	328.858	326.441	323.776
Tienen cédula de identidad	63.859	140.339	224.044	294.843
<b>Área rural</b>				
Se anotó en el Reg. Civil	192.186	293.320	300.990	242.733
Tienen cédula de identidad	17.409	40.598	100.426	175.681

*Fuente:* Dirección General de Estadísticas y Censos – Paraguay.

*Observaciones:* Se estima que, en promedio, nacen 150.000 niños/as por año en el país, de los cuales casi la mitad no son registrados.

informaciones referentes a cada uno de los hechos y actos que inscriban en sus registros y se declaren necesarios para elaborar estadísticas vitales. Dicha información se reunirá en un informe estadístico que la Dirección del Registro Civil remitirá periódicamente al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y a la Dirección de Estadística y Censo”.

## DEFENSORÍA PÚBLICA

### Inscripción Judicial

Se requiere la asistencia del Defensor Público para que la inscripción del nacimiento en la Dirección del Registro Civil, dependencia del Ministerio de Justicia y Trabajo, sea formalizada por orden judicial; debido a *que no se cuenta con la documentación previa requerida* (certificado de nacido vivo). La Defensa Pública en atención al requerimiento generalmente de las madres, solicita la inscripción judicial basada en las disposiciones legales que rigen la materia dando énfasis al Art. 18 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (2).

Según las estadísticas proporcionadas por la Defensoría Pública se tiene la siguiente información, correspondiente al año 2004:

#### Fuero de la Niñez y Adolescencia:

##### Inscripción judicial nacimiento (totales)

Asunción	110	11 de los cuales a pedido de los propios adolescentes. Cabe destacar que de esta cifra 2 adolescentes que han dado a luz desean inscribirse ellas mismas y también a sus hijos.
Depto. Central y Gran Asunción	26	
Circunscripciones del Interior	226	Un (1) pedido hecho por el adolescente.
<b>TOTAL</b>	<b>362</b>	

(2) “El niño y el adolescente tienen derecho a la nacionalidad paraguaya en las condiciones establecidas en la Constitución y en la Ley. Tienen igualmente derecho a un nombre que se inscribirá en los registros respectivos, a conocer y permanecer con sus padres y a promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias” (Art. 18 CNA).

## **Labor de la Organización de ayuda humanitaria PLAN (Plan-Paraguay)**

**Ausencia del certificado de nacido vivo;** el Art. 55 de la Ley 1266/87 establece que el único requisito para registrar al niño es la tenencia del certificado de nacido vivo, a nivel país un 46 % de los nacimientos no están respaldados por los certificados de nacido vivo. A mayor pobreza aumenta el número de niños sin certificado de nacido vivo, la ausencia de dicho certificado esta relacionada con la baja cobertura del sistema de salud, un alto porcentaje de los partos se realizan en las casas o con parteras tradicionales.

**Costosos desplazamientos para llegar a la oficina de Registro Civil;** un elemento que refuerza el déficit registral se relaciona con el lugar de residencia de los padres, se trata de personas que viven en lugares alejados de los centros urbanos y administrativos y en muchos casos geográficamente inaccesibles por falta o deficiencia de carreteras y medios de transporte, para llegar a las Oficinas de Registro les lleva un día y en muchas ocasiones no poseen todos los documentos requeridos y necesitan volver en otra ocasión.

Es precisamente en esos lugares que el impacto de la marginalidad registral se hace mayor en los niños de 1 a 5 años y en la población rural pobre. Es de estos lugares alejados y pobres de donde salen los migrantes que dejan hijos sin inscribir.

**Desconocimiento de la necesidad de registrar al recién nacido;** existe en nuestro país una creencia que los niños pequeños no necesitan ser registrados civilmente y que este procedimiento es necesario solo recién cuando el niño va a la escuela o necesita su cedula, no existe una cultura de registrar a los recién nacidos, según la investigación de Céspedes, un 30 % se inscribe antes de cumplir un año, un 49% antes de cumplir los dos años, porcentaje que coincide con los certificados de nacido vivos expedidos por año. Estos grupos de excluidos tienen la característica común de que, en términos de ciudadanía plena y ejercicio de derechos, están separados por un abismo del aparato estatal, no sólo desde el punto de vista físico y geográfico sino fundamentalmente desde el punto de vista de políticas públicas y beneficios y servicios colectivos. y de una notoria insuficiencia de programas de información, difusión y capacitación, en materia de registro de nacimientos y ejercicio de derechos humanos.

**UNA/UDH-CSJ****Sociedad Civil**

Trabajo de Campo, Extensión Universitaria, para inscripción llevado a cabo por alumnos de la Cátedra de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho de la UNA, con el apoyo de la Unidad de Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia.

De estos trabajos de campo podemos señalar una breve estadística que indica que:

**2003 Escuela “Santa Rosa de Lima”**

Anotados en el Registro Civil	41 niños
Cédulados	40 niños

**2004 Escuela “San Vicente de Paul”**

Anotados en el Registro Civil	32 niños
Cedulados	80 niños
Anotados por vía judicial	12 niños

**Políticas Públicas – Programas Sociales**

- Secretaría de la Niñez y de la Adolescencia
- Secretaría de Acción Social

**Campaña Nacional por la Identidad.**

**Propósito:** Contribuir en la reducción del índice de sub inscripción y sub documentación de los niños, niñas y adolescentes del Paraguay.

**Objetivo general:** Coordinar una Campaña Nacional de inscripción y cedulaación que posibiliten el acceso al derecho a la identidad de niños/as y adolescentes del Paraguay.

**Beneficiarios:** Niños/as y adolescentes que no estén registrados en los Puestos de Salud y en el Registro Civil en el Departamento de Identificaciones.

**Localización:** Cobertura Nacional.*Logros 2004:*

– Firma de Convenio de Cooperación Interinstitucional entre la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, el Ministerio de Justicia y Trabajo y el Ministerio del Interior para la coordinación y ejecución de la campaña.

– Compromiso de 13 consejos departamentales de la niñez y la adolescencia, instalados en el año 2004 para implementar una Campaña de Identidad en sus gobernaciones.

– Inscripciones en comunidades indígenas:

– Itapúa: Pindó, distrito de San Cosme y Damián. Guavirami, distrito de Jesús. Pastoreo, distrito de Obligado. Paraíso, distrito de Pirapó. Mbo'í Kaé, distrito de Alto Vera.

- Provisión de cédulas de identidad: 291
- Provisión de carnet indígena: 327
- Provisión de certificado de nacimiento: 381

– Chaco: Maxkawa y Espinillo. La Patria. El Estribo.

- Provisión de cédulas de identidad: 853
- Provisión de carnet indígena: 448
- Provisión de certificado de nacimiento: 744

– Inscripción en escuelas sub urbanas: 210 niños/as inscriptos.

– La Patria (Chaco), según resumen de trabajo del 10 de junio del año 2004.

- Certificado de nacimiento: 236
- Cédulas de identidad (nuevas y renovadas): 328

*Departamento de Guairá:*

Cédula de identidad: 2.360 niñas, niños y adolescentes

Certificado de nacimiento: 1.700 niñas, niños y adolescentes

*Departamento Central:*

Certificados de nacimiento: 210

## II. ASPECTOS JURÍDICOS

### Constitución Nacional

A tenor de lo dispuesto por la Carta Magna de mi país la norma del Art. 137 dispone: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios, acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

Es oportuno dejar impreso dos artículos de la Constitución Nacional que afectan a la identidad civil. El artículo 35 que dice: “Los documentos identificatorios, licencias o constancias de personas no podrán ser incautados ni retenidos por las autoridades. Éstas no podrán privarlas de ellos, salvo los casos previstos en la ley”. El último párrafo de la norma en su artículo 53 regla: “Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales”. En ambos casos, como puede observarse es aplicable a los niños y adolescentes, para proteger su identidad civil.

“Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente” (Art. 54, in fine).

“La maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines” (Art. 55)

De la nacionalidad natural: “Son de nacionalidad: 1) las personas nacidas en el territorio de la República; 2) los hijos de madre o padre paraguayo quienes hallándose uno o ambos al servicio de la República, nazcan en el extranjero; 3) los hijos de madre o padre paraguayo nacidos en el extranjero, cuando aquellos se radiquen en la República en forma permanente, y 4) los infantes de padres ignorados, recogidos en el territorio de la República...” (Art. 146).

De la no privación de la nacionalidad natural: “Ningún paraguayo natural será privado de su nacionalidad, pero podrá renunciar voluntariamente a ella” (Art. 147).

Instrumentos y acuerdos internacionales aprobados y ratificados:

### **Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño - Ratificada por Ley 57/90**

El Estado preservará la identidad del niño y del adolescente (Art. 19 CNA).

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida (artículos 7mo., inciso 1ro. y 2do.).

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad a la Ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (artículos 8vo., inciso 1ro. y 2do.).

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (inc. 1ro.).

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán las todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (inc. 2do.).

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así

como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (inc. 3ro.)” (Art. 3ro. CDN).

“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (inc. 1ro.).

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (inc. 2do.)” (Art. 12 CDN).

### **Ley 1/89, Que aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.**

#### **Derecho al Nombre**

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La Ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante supuestos, si fuere necesario (Art. 18).

#### **Derechos del Niño**

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (Art. 19)

Conviene precisar igualmente que el Art. 27 del instrumento internacional citado dispone expresamente que incluso en los casos de suspensión de garantías están exceptuados los artículos 18 y 19 antes transcritos.

### **Ley 5/92 que ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996).**

El Pacto además reconoce el derecho del niño al nombre, el registro y a la nacionalidad (Art. 24).

El Art. 24.1 dispone un principio general de protección al señalar que:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como por la sociedad y el Estado”.

El principal mérito que podemos atribuir al Pacto de referencia es el de haber constituido un precedente directo de varias disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley 1680 vigente desde el 01 de diciembre del año 2001).**

#### **Del Derecho a la Identidad.**

El niño y el adolescente tienen derecho a la nacionalidad paraguaya en las condiciones establecidas en la Constitución y en la Ley. Tienen igualmente *derecho a un nombre* que se inscribirá en los registros respectivos, a conocer y permanecer con sus padres y a *promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias* (Art. 18).

#### **De la obligatoriedad del Registro de Nacimiento (Art. 19 CNA)**

El Estado preservará la identidad del niño y del adolescente.

Las instituciones públicas o privadas de salud, según las normas del Código Sanitario (Ley 835/80, artículo 146), estarán obligadas a llevar un registro de los nacidos vivos en el que se *dejará impresa la identificación dactilar de la madre y la identificación palmatocópica del recién nacido*, además de los datos que correspondan a la naturaleza del documento. Un ejemplar de dicho registro se expedirá en forma gratuita a los efectos de su inscripción en el Registro Civil y otro ejemplar se remitirá a las autoridades sanitarias respectivas.

El Estado promoverá gratuitamente a la madre la primera copia del Certificado de Nacimiento (Art. 1ro. Ley 1.377/99).

El procedimiento dactilar y palmatocópico tienden a preservar la identidad del ser humano y evitar posibles fraudes, como son la sustitución de un niño por otra o la suposición de un parto. Por ese motivo, el personal interviniente en un nacimiento adquiere un poder fedante de relevancia en esta materia y debe estar perfectamente adiestrado en la toma de la impresión dactil-

car de la madre parturienta y plantal del neonato. Probado estos dos extremos se desecha cualquier incertidumbre del lazo vital.

### **Código Sanitario (Ley 836/80)**

Es responsabilidad de los establecimientos que presten atención obstétrica y pediátrica la identificación, el cuidado, la seguridad y la custodia del recién nacido mientras dure la internación de la madre o del lactante (Art. 23).

### **Código Civil Paraguayo (Ley 1.295/98)**

Toda persona tiene derecho a un nombre y apellido que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil. Sólo el juez podrá autorizar, por justa causa, que se introduzcan cambios o adiciones en el nombre y apellido (Art. 42).

La filiación se prueba por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil, y, tratándose de *hijos matrimoniales*, se requiere, además, la partida o certificado auténtico de matrimonio de sus padres... (Art. 242)

El *expósito o hijo de padres desconocidos*, llevará el nombre y apellido con que haya sido inscripto en el Registro del Estado Civil (Art. 51).

La doctrina enseña de la conveniencia de que sean nombres y apellidos comunes como por ejemplo González o Martínez, de modo tal a evitar confusiones con otras personas. *Lo que la Ley 1.266/87, "Del Registro Civil"*, norma es que "el oficial del Registro Civil no inscribirá nombres ridículos, o que puedan inducir a error sobre sexo, ni más de tres nombres" (Art. 56).

De mi experiencia en la Jurisdicción de la Niñez y Adolescencia considero que se le puede poner al menor abandonado el nombre y el apellido que propongan las personas que hallaron al menor, ya que en el acta respectiva aparte del nombre y apellido del menor abandonado, no se consignan otros datos. Dicho instrumento público, le servirá al menor como documento identificatorio, además de individualizarse el sexo, la edad, etc.

Es importante, desde varios puntos de vista, que ningún menor quede sin ser anotado. Así, con la Partida de Nacimiento, se prueba entre otras co-

sas: la filiación, el nombre, la edad y el sexo. Además, es oportuno resaltar lo valioso que resulta la función estadística de la Dirección del Registro Civil.

*Los hijos extramatrimoniales* pueden ser reconocidos conjunta o separadamente por su padre y su madre. En este último caso, quien reconozca al hijo no podrá declarar el nombre de la persona con quien lo tuvo (Art. 232).

El reconocimiento voluntario puede ser:

a) Ante el oficial del Registro Civil; b) por escritura pública; c) ante el juez, y d) por testamento (Art. 231 CCP).

El hijo extramatrimonial reconocido voluntariamente por sus padres o judicialmente, llevará el apellido de éstos. En la misma forma procederá en el caso de reconocimiento judicial (Art. 233).

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales también puede hacerse judicialmente.

Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de los padres. La investigación de la maternidad no se admitirá cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que éste hubiera nacido antes del matrimonio (Art. 234).

Sobre el tema –reconocimiento de hijos extramatrimoniales por la vía judicial–, abundaremos más adelante sobre las cuestiones más relevantes y de mayor debate que se generan sobre el mismo.

La regulación expuesta más arriba proviene de un vínculo biológico, es decir de hijos concebidos por el padre o la madre.

Sin embargo existe otro vínculo que proviene de una disposición de la Ley que es aquella cuando no existe el vínculo biológico, pero la Ley les atribuye la calidad de hijos, en virtud de haberse cumplido con ciertos requisitos y condiciones previstos en la ley, que deben darse inexcusablemente, como es la filiación adoptiva.

## **La Ley 1.136/97, “De Adopción”**

Define a esta de la siguiente forma: “La adopción es la Institución jurídica de protección al niño, la niña y adolescente en el ámbito familiar y social por la que, bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una familia con el adoptante, en calidad de hijo, y deja de pertenecer a su familia consanguínea, salvo en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente.

El Art. 5to. De la ley antes citada, dispone que “los niños adoptados tienen derecho a:

- 1) Conocer su origen, de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Ley; y,
- 2) Ser inscripto con el o los apellidos de los padres adoptantes y mantener por lo menos uno de sus nombres de pila, pudiendo los adoptantes agregar nombres nuevos.

En este trabajo no nos detendremos a estudiar el vínculo filial que surgen de la adopción, ya que el objeto del mismo se circunscribe a los casos de hijos provenientes de vínculo biológico, que por una u otra razón no son reconocidos por sus progenitores de sangre o de origen.

Pero sí conviene precisar respecto a la forma como está regulada la adopción en mi país que incorporando el Art. 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la adopción se otorga como excepción. Cuando el niño o la niña no pueden permanecer con sus padres biológicos se recurre a la tutela o a otros institutos de protección del niño como la guarda o la colocación familiar, pues el espíritu de la ley es el que el niño o la niña no pierdan su identidad biológica de sangre o de origen, situación que se produce con la adopción en la que se le sustituye por la filiación adoptiva.

## **Fertilización asistida**

Son diversas las técnicas y los esfuerzos desplegados para vencer a la esterilidad, como la inseminación artificial, la homóloga, la heteróloga, la inseminación artificial en la mujer soltera, fecundación in Vitro, maternidad subrogada.

En el ordenamiento jurídico de la Rca. del Paraguay sólo se reconocen dos fuentes de filiación: a) biológica o genética, y b) el vínculo que nace de la adopción.

Respecto a la fertilización asistida y otros avances científicos modernos, citados más arriba, no tenemos disposición legal alguna que regule estas materias.

La Dra. Josefina Sapena basó justamente su propuesta de tesis doctoral en el tema de la fertilización asistida del cual hemos extraído sus principales conclusiones que citamos a continuación:

a) La realización de una fecundación heteróloga debe estar autorizada por ley solamente en los casos en que el marido/concubino y la mujer hayan dado su consentimiento a la puesta en práctica del procedimiento.

b) El hijo nacido como consecuencia de una inseminación artificial o fecundación in-vitro con semen de donante, en matrimonio o concubinato, debe ser considerado hijo del marido/concubino de la madre si este hubiera prestado su consentimiento para la realización del procedimiento. La ley debe reconocer que el consentimiento tiene la entidad para dar sustento al vínculo filia, pues de lo contrario, en caso de conflicto, habría que otorgarle la paternidad del niño al donante.

c) La legislación paraguaya consagra el derecho a la identidad expresamente y por lo tanto no cabe el anonimato del donante.

d) En el caso de que el marido/concubino no haya prestado su consentimiento puede impugnar válidamente la filiación que surge por presunción legal. El hijo puede optar entre pedir o no el reconocimiento de la filiación al donante, por el vínculo biológico que lo une con el mismo. Por el contrario, el donante no tiene esa facultad, pero sí la de ejercer las acciones civiles o criminales correspondientes contra el médico que realizó la fecundación en infracción de la ley.

e) En cuanto a la inseminación artificial posmortem, la Dra. Sapena propone que sean considerados hijos matrimoniales, los concebidos con semen del marido premuerto, siempre que éste haya otorgado un consentimiento expreso para que el procedimiento se realice después de su muerte, que la concepción del nasciturus se produzca en los seis meses siguientes a la muerte del mismo y que el matrimonio haya estado vigente en la época en que el marido falleció. En cuanto a los nacidos posmortem sin que se den conjuntamente todos estos requisitos, serán considerados extramatrimoniales. En ambos casos, tendrán derecho a heredar.

## Reconocimiento judicial:

### Código de la Niñez y de la Adolescencia – Aspectos Procesales Del carácter sumario del procedimiento.

En las acciones de reconocimiento de la filiación de un niño concebido dentro del matrimonio o fuera de él, así como de contestación o desconocimiento de ella, se seguirán los trámites del proceso de conocimiento sumario previsto en el Código Procesal Civil (Art. 683 del CPC), salvo en lo relativo a la prohibición de presentar alegatos, para lo cual se establece un plazo de seis días comunes (Art. 183 CNA).

Acto procesal	Término
Al deducir la demanda deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse las demás pruebas.	
Contestar demanda	9 días (*)
Plazo de prueba (**)	20 días
Alegatos	6 días comunes (***)
SD	20 días

Si bien el Código Procesal Civil paraguayo, establece que no procede el plazo extraordinario de prueba no debemos confundir con el de *suspensión de la etapa procesal antes de los alegatos*. Razón por la cual considero que por tratarse de un procedimiento especial, sumario el de reconocimiento, contestación y desconocimiento de filiación podrá beneficiarse la parte que hubiese mostrado diligencia en el ofrecimiento y producción de sus pruebas con *diez (10) días* para producir las pruebas pendientes. Esta postura, encuentra sustento en el Art. 267 del CPC que dispone: “La parte que hubiese mostrado diligencia en el ofrecimiento y producción de sus pruebas, podrá solicitar dentro de tercero día de notificada la providencia que declaró cerrado el período de prueba, la suspensión de la etapa procesal siguiente, por un plazo

(\*) Para reconvenir es necesario que la acción que se ejerce en la reconvencción: a) Sea de la competencia del juez que entiende en la demanda. La materia civil y comercial no se considerarán diferentes a este respecto; y b) tenga su origen en la misma relación jurídica en que se origina la ejercida en la demanda, o sea conexas con ella.

(\*\*) Los testigos no podrán exceder de 5 (cinco) por cada parte.

(\*\*\*) Art. 183 del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

máximo de veinte días en el proceso de conocimiento ordinario y de diez días en los procesos especiales e incidentes, a fin de producir las pruebas pendientes”.

— *Las dificultades más relevantes respecto a lo procedimental*, y que la experiencia en la Jurisdicción de la Niñez y de la Adolescencia nos enseña es que la parte demandada impugna en estos casos cuando la parte demandante se presenta a promover las acciones de reconocimiento de filiación y lo hace en virtud de poder general en lugar de un poder especial. En jurisprudencia pacífica y reiterada en los Tribunales de la Niñez y de la Adolescencia, se ha sentado que debe ser presentado a través de poder especial (Art. 884, inc. o) del Código Civil paraguayo el cual dispone: “Son necesarios *poderes especiales*, para los actos siguientes: o) ejecutar aquellos actos del *derecho de familia*, susceptibles de realizarse por terceros. La escritura pública necesaria en el caso de este inciso, deberá especificarlos y mencionar la persona respecto de la cual se confirió el mandato”).

— Por otro lado también se ha cuestionado cuando por ejemplo la demandante se presenta en virtud de poder especial, pero sin que en el mismo conste, que lo hace en representación de sus hijos menores de edad. Pero sin embargo, en el escrito de promoción del juicio de reconocimiento de filiación sostuvo que lo hacía en representación de sus hijos menores contra el demandado. En fallos de nuestro Tribunal de la Niñez y la Adolescencia se sostiene que al constituirse el profesional abogado en virtud del poder especial como representante convencional de la progenitora, ésta es la que en virtud de la patria potestad sobre sus hijos menores es la representante legal o necesaria de los mismos (Art. 40, inc. b) del Código Civil paraguayo que dice: “Son representantes necesarios de los incapaces de hecho absolutos y relativos: b) de los menores, los padres, y en defecto de ellos, los tutores...”).

### **De la prueba pericial de sangre.**

*La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes serán consideradas preferencialmente (Art. 184 CNA).*

Las casuísticas que más se han dado respecto a la redacción de la disposición legal arriba transcrita corresponden a aquellas situaciones en las cuales exclusivamente se ha ofrecido y arrimado como prueba pericial de sangre (ADN), y si esta única y sola prueba constituirá un elemento vinculante para acreditar la paternidad del demandado de aquel a quien lo reclama.

— Existen opiniones encontradas respecto a este tema. Particularmente opino que corresponde que la misma sea coadyuvada con otro elemento probatorio considerando de que existen ciertos márgenes de error y tomando en cuenta la cadena de seguridad que debe existir desde el momento de la extracción de sangre hasta el dictamen que fundamente dicha prueba por parte de los peritos. Así respecto al material sanguíneo para la prueba de ADN, deben quedar bien precisados los datos de lugar, fecha y hora de la toma de muestras, sujetos analizados, números de cédulas de identidad de las personas analizadas, la persona por quien fue envasada y etiquetada las muestras sanguíneas; tipo y número de precinto; fecha de remisión de muestras al laboratorio en donde se van a procesar las mismas; condiciones de almacenaje hasta su envío; quién realizará el transporte de las muestras hasta el laboratorio; debe haber un testigo del acto anotándose su nombre y número de cédula; el acta debe ser firmada a más del actuario, el Juez que asiste al acto, el/la profesional bioquímico/a que extrae las muestras y el testigo.

Por otra parte la redacción de la norma (Art. 184 CNA) señala que la prueba pericial de sangre será considerada preferentemente, por ende respecto a otros medios de prueba. El único operador dentro del trámite jurisdiccional que tiene poder de decisión es el aplicador o aplicadora puesto que los auxiliares del juez dictaminan u opinan.

— Por otro lado en la jurisdicción de la Niñez y de la Adolescencia el magistrado o la magistrada posee amplia oficiosidad en lo que hace a la facultad instructoria u ordenatoria, considerando la defensa del derecho a la identidad del niño o la niña.

En este sentido la más de las veces la parte demandada ha cuestionado dicha facultad argumentando parcialismo por parte de los jueces y para suplir la negligencia de la demandada. Sin embargo, en jurisprudencia constante y uniforme del Tribunal de la Niñez y de la Adolescencia ha sostenido que “en los juicios donde se reclama uno de los derechos básicos del niño, en este caso, el Derecho a la Identidad, derecho garantizado en los artículos 7mo. y 8vo. de la Convención de los Derechos del Niño y 18 del CNA, de acuerdo con la Doctrina de la Protección Integral, convierte a aquel en el verdadero sujeto del proceso. De modo que, no importa si en el proceso la accionante haya incurrido en negligencia en la tramitación de la prueba hematológica, lo que realmente interesa es que el Estado, en este caso a través de la función jurisdiccional, tiene el ineludible deber de dictar las medidas que tiendan a la efectiva protección del Interés Superior del Niño (Art. 54, in fine CN y Art. 3ro. de la Convención sobre los Derechos del Niño).”

Conviene precisar igualmente, la misma Corte Suprema de Justicia del Paraguay, ya en el año 1998 por Acuerdo y Sentencia Nro. 118 ha ordenado como medida de mejor proveer, la producción de la prueba de investigación de la paternidad por análisis del ADN, incluso ordeno se desestimen los pedidos de reconsideración realizados por las partes para la producción de esta prueba, en atención al legítimo derecho e interés del menor de preservar su identidad personal.

Este mismo fallo incluso (de conformidad con los arts. 52, inc. a) y 56 del CPC), declaró *litigante de mala fe* al demandado, por su ánimo renuente en admitir su responsabilidad como padre, desconociendo su relación con la madre del niño, en perjuicio del derecho de identidad e interés del niño en conocer su origen, además de evitar las responsabilidades pecuniarias derivadas de su reconocimiento, comportamiento que atenta contra derechos personalísimos e inalienables consagrados universalmente por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

*En caso de renuencia de someterse a la misma, la oposición deberá considerarse como presunción de paternidad o maternidad (Art. 184 CNA).*

La experiencia nos enseña que los presuntos padres han rehusado someterse a la prueba pericial de sangre invocando el derecho a la privacidad contemplado en la norma del Art. 33 de la CN.

— Sin embargo, antes de la vigencia del Código de la Niñez y de la Adolescencia, el Tribunal de esta jurisdicción ha sostenido en forma pacífica y constante que entre el derecho a la intimidad, consagrado en el Art. 33 de la CN, invocado por el presunto padre y la norma del Art. 54, in fine del mismo cuerpo legal, que dispone que los derechos del niño en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente, se impone esta última norma constitucional con respecto a la primera, a lo cual debe agregarse que el derecho que se protege es el derecho a la identidad biológica del niño que también tiene rango constitucional cuando dispone que “todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación sobre la paternidad” (Art. 53 CN). En la legislación comparada y en la doctrina en lo que respecta al derecho de Familia y de la Niñez y de la Adolescencia, es esta la postura que impera, situación que podría darse en manera distinta en materia penal (Manual para la Investigación de la Filiación. Actualización Médico-Legal. Luis Verruno, Emilio Hass, Eduardo Raimondi, Eduardo Legaspe).

Asimismo en fallos constantes y uniformes en nuestros Tribunales se ha sentado la postura, así como lo dispone el Art. 184 CNA que “la conducta obstruccionista del demandado para someterse a la prueba pericial de sangre, al no presentarse para la extracción sanguínea, denota una renuencia a la misma, y por esa circunstancia viene a ser una presunción en su contra”.

Conviene precisar que la presunción a la cual nos estamos refiriendo es la prueba presuncional como un elemento más de prueba sumado a otras pruebas obrantes en los casos de reconocimiento de filiación.

### **Costas**

Se han planteado asimismo pretensiones por parte de la demanda solicitando exoneración de costas aduciendo que desde un principio se encontraba supeditado su allanamiento al resultado de la prueba pericial de ADN, y que si esta daba la certeza de su paternidad se allanaría.

Sobre el caso en particular en jurisprudencia constante y uniforme el Tribunal de la Niñez y Adolescencia, ha sostenido que para que el allanamiento prospere, además de oportuno debe ser incondicional, total y efectivo, de tal suerte que produzca efectivamente la terminación del proceso. Y no como pretende el demandado en la cual tuvo una actitud de condicionalidad y que incluso en la audiencia de absolución de posiciones negó categóricamente ser progenitor del hijo de la demandante.

— Las cuestiones más relevantes y de mayor debate que en forma sucinta hemos reseñado más arriba en lo que hace a la jurisprudencia y las tendencias doctrinarias sobre la materia se han referido a los procesos de filiación (reconocimiento, contestación y desconocimiento de hijos extramatrimoniales), pero se han presentado en nuestros Tribunales de la Niñez y la Adolescencia casos de impugnación o desconocimiento de filiación con los hijos matrimoniales, situación por demás sensible.

Cuando se han cumplido las exigencias previstas en la ley, para que prospere dicha acción y en el período probatorio se le ha excluido al demandante (padre matrimonial) como tal a través de las pruebas periciales de sangre, el Tribunal se ha preguntado ante esta situación; si existen o no límites legales al derecho de identidad biológica a que tiene el niño/a, es decir que conozca a su padre “real” y no “posible” en otras palabras si es o no aconsejable que prevalezca la verdad biológica, debido a las creencias morales vi-

gentes en la sociedad. Considerando que la madre de los niños quedaría como adúltera. En el caso en cuestión mi postura ha sido de que el límite a la verdad biológica sería la protección del interés superior del niño. Así de los informes psicológicos realizados a los niños como también de los estudios psicológicos del actor y de la demandada, sumado a la observación psicológica de los menores con el demandado, quedó evidenciado que los niños tenían conocimiento de la acción instaurada, pero se encontraban confundidos, razón por la cual se consideró necesario realizar terapias de apoyo, pero hacer lugar a la acción de impugnación o desconocimiento de filiación matrimonial, a los efectos que los niños tengan identificada su identidad biológica, pues iría en detrimento de los mismos vivir en la mentira, ya que esto sí ellos no lo perdonarían. Demás está decir que esta es la pauta directriz que se sigue en la filiación adoptiva, en donde se debe respetar el derecho a la identidad biológica, razón por la cual el niño adoptado debe conocer sus orígenes (Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia S.D. Nro. 91/01).

*El Poder Judicial arbitrará los medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y por acordada reglamentará este artículo (Art. 184).*

**Ley Nro. 1.914/02, Que exonera del pago de los estudios de histocompatibilidad (HLA) e inmunogenética (en los procesos de filiación).**

En los procesos de filiación, la Corte Suprema de Justicia tomará a su cargo el costo total de los estudios de histocompatibilidad (HLA) y de inmunogenética (ADN), cuando su realización fuera indispensable para el resultado del juicio, *hayan sido ordenados judicialmente y el obligado al pago actúe con beneficio de litigar sin gastos (Art. 1ro.)*.

### **III. PROYECTOS DE REFORMA DE LA NORMATIVA EN EL PARAGUAY**

*Proyecto de Ley “De paternidad responsable y maternidad responsable”, presentado por la Senadora Ilda Mayereger.*

Este proyecto se encuentra en estudio, fue girado a las comisiones de Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo, a la Derechos Humanos y Equidad, género y desarrollo social.

## **PROYECTO DE LEY PATERNIDAD Y MATERNIDAD RESPONSABLE**

Este proyecto se encuentra en estudio por diversas comisiones del Congreso Nacional, sin ningún dictamen a la fecha.

En la inscripción de nacimiento de los hijos extramatrimoniales, el oficial del Registro Civil consignará los nombres del padre y de la madre cuando la declaración sea hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la suscriben (Art. 1ro.).

Cuando la inscripción de nacimiento sea hecha por uno de los progenitores, éste podrá indicar el nombre del progenitor ausente y denunciar su domicilio. En este acto el nacido quedará inscripto con los apellidos del progenitor que le hubiere reconocido. El oficial del Registro Civil hará apercibimiento al declarante de las responsabilidades civiles y penales en que pueda incurrir por señalar como progenitor a quien no lo fuera y de la necesidad de practicarse la prueba pericial en caso de controversia (Art. 2do.).

El Registro Civil citará mediante notificación al presunto progenitor para que en el plazo de diez (10) días se presente a la oficina correspondiente para reconocer o desconocer la filiación, bajo apercibimiento de que en caso de incomparecencia se dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación (Art. 3ro.).

Manifestada la oposición por el presunto progenitor, el oficial del Registro Civil intentará averiguarle al reconocimiento voluntario, advirtiéndole de los deberes y derechos que entraña la paternidad y maternidad responsables y, de las consecuencias legales en caso de declararse la filiación administrativa o judicialmente. De persistir en su negativa, el Registro Civil dará una cita gratuita a los progenitores y al niño para que dentro del plazo de 20 días se practiquen la prueba de histocompatibilidad (HLA) y la inmunogenética (ADN). Mediante este estudio quedará resuelto si la filiación señalada es cierta (Art. 4to.).

La negativa del presunto progenitor a practicarse la prueba o su incomparecencia a la cita dará lugar a la inscripción administrativa de la filiación, siempre y cuando el niño y el progenitor reconocido se hayan presentado a realizarse la prueba (Art. 5to.).

La Policía Nacional custodiará la prueba y comunicará los resultados al Registro Civil (Art. 6to.).

Los plazos y las notificaciones se regirán por lo previsto en el Código Procesal Civil en lo que sea pertinente (Art. 7mo.).

Contra la inscripción del nacimiento resuelta administrativamente, no cabe recurso judicial ni administrativo alguno. Dicha inscripción otorgará los derechos y obligaciones propios de la filiación.

Cualquiera de los progenitores o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, el proceso de desconocimiento de filiación declarada administrativamente. La iniciación de la demanda no suspenderá los efectos de la inscripción y no procederán medidas cautelares tendientes a enervar sus efectos (Art. 8vo.).

Será suspendido en el ejercicio de la patria potestad el progenitor cuya negativa a reconocer a su hijo haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de la filiación, salvo que se resuelva lo contrario de acuerdo con el interés superior del niño. Esta suspensión no eximirá de las obligaciones de prestar alimentos al hijo (Art. 9no.).

El Ministerio de Justicia y Trabajo incluirá en el presupuesto anual del Registro Civil las partidas suficientes para el cumplimiento de la presente ley.

La Secretaría de la Niñez y la Adolescencia implementará políticas públicas que promuevan la paternidad y maternidad responsables (Art. 10.).

Derógase el artículo 232 del Código Civil, Ley Nro. 1.183/85 (Art. 11.).

De forma (Art. 12.).

*Observación:* Cabe destacar que este proyecto de ley, tiene mucha similitud con la Ley de Paternidad Responsable de la Rca. de Costa Rica, la cual fue publicada en la Gaceta Nro. 81, en fecha viernes 27 de abril del año 2001.

#### **IV. PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN**

Considerando que los países de la región han incorporado en su ordenamiento jurídico la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se recomienda:

– Reafirmar en los países integrantes del MERCOSUR el derecho de todo niño/a a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento.

– Respetar el derecho del niño/a a preservar su identidad, adoptando para el efecto medidas de seguridad para evitar posibles fraudes como ser la sustitución de un/a niño/a por otro/a. Disponiendo que obligatoriamente las Instituciones públicas o privadas hagan constar en el certificado de nacido o en el documento que pruebe la identificación del niño/a, la identificación dactilar de la madre y la identificación palmatócópica del recién nacido (Estatuto del Niño y del Adolescente, Brasil 1990, Código de la Niñez y de la Adolescencia, Paraguay 2001, Código del Niño, Niña y Adolescente, Bolivia 1999, Código del a Niñez y Adolescencia, Uruguay 2004, Código de la Niñez y Adolescencia, Costa Rica 1998, entre otros).

#### **V. ACCIONES POSITIVAS**

El Instituto Interamericano del Niño está vinculado al tema de registro civil desde el año 1964. Desde 1977 hasta 1990 desarrolló una serie de acciones en el campo legal y estadístico, capacitando y promoviendo leyes orientadas al mejoramiento del registro civil y a las estadísticas vitales.

Conscientes que los registros de nacimientos constituyen un derecho básico para el cumplimiento y el monitoreo del cumplimiento del resto de los derechos y que el mismo deber ser encarado conjuntamente entre el Gobierno y la sociedad civil, el IIN, Plan Internacional, UNICEF y otras organizaciones y gobiernos vienen promoviendo una acción orientada a la universalización del registro de nacimientos.

El Lic. Alejandro Bonasso, en su carácter de Director General del Instituto Interamericano del Niño, en ocasión del “Seminario Permanente de educación en Derechos Humanos”, realizado en la Facultad de Derecho en Uruguay, en fecha 20 de junio del año 2001, en su ponencia sobre derecho de identidad, dándole continuidad a las acciones del IIN, señaló cuanto sigue:

“Concientes de que el registro de nacimiento constituye un pilar fundamental para el ejercicio de otros derechos, el Instituto Interamericano del Niño junto con otras agencias internacionales (de manera especial UNICEF y Plan Internacional), y el apoyo de varios gobiernos (especialmente los que conforman el Grupo de Río), ha comenzado a impulsar acciones orientadas a la universalización del Instituto, que fuera preponderante en la década de los ‘70.

La tarea que se tiene por delante es enorme. Para ello se necesita de la ayuda de actores públicos y privados que permitan alcanzar la meta que hemos expresado en nuestra presentación en la última Reunión Preparatoria de la Sesión Especial de Naciones Unidas al alcanzar el 100% del registro de los nacimientos durante la próxima década.

El trabajo conjunto de las oficina de registro civil de los distintos países, las organizaciones internacionales, las ONG’s y las organizaciones de la sociedad civil, constituirá la base sobre la cual desarrollar programas y políticas efectivas que logren dar solución al problema en forma eficaz y eficiente, y en última instancia poder ejercer por parte de los niños y niñas el derecho a la identidad con la debida protección integral”.

Concluyo el presente trabajo compartiendo plenamente los mismos fundamentos expuestos por el Lic. Bonasso, ya que desde el punto de vista de la globalización en que estamos inmersos los países de la región para que se haga realidad la efectivización de los derechos de los niños/as en cuanto a su identidad no basta la labor solitaria que cada país realice, sino que requiere de un trabajo mancomunado a nivel regional en consideración a que los derechos de los niños/as no conocen fronteras.

## **Bibliografía**

Moreno Rufinelli, José Antonio – Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2005.

Sapena, Josefina – Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Intercontinental, Asunción, Paraguay, 1998.

Pucheta Ortega, Justo – Derecho Paraguayo Social de Familia. Editorial El Foro, Asunción Paraguay 1998.

García Méndez, Emilio, Belof, Mary - Infancia, Ley y Democracia en América Latina – Editorial Temis, Ediciones Desalma – Santa Fe, Bogotá, Buenos Aires.

Pucheta de Correa, Alicia Beatriz – Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Ediciones de la Universidad del Pacífico, 2001.

Pucheta de Correa, Alicia Beatriz – Derecho del Menor. Instituciones. Tomo I, II. Y III. La Ley Paraguaya. Asunción Paraguay. Año 1995.-

Corte Suprema de Justicia, aplicación del pacto de San Jose de Costa Rica por órganos jurisdiccionales de la Republica del Paraguay, 2005.

Barboza, Lourdes y Martínez, Teresa, Crecer con Derecho. El Registro del Estado Civil del Paraguay. Tomo II. QR producciones Graficas. Asunción Paraguay, 2001.

Barboza, Lourdes y Martínez, Teresa, Crecer con Derecho. Compendio Niñez. Tomo I. QR producciones Graficas. Asunción Paraguay, 2001.

Código Procesal Civil Paraguayo. Comentado. José Plano de Egea. Editorial Latindata.

Código Procesal Civil Paraguayo. Con Indice Analítico Analítico. Arquimides Laconich.-

Constitución Nacional

Convención de Derechos del Niño

Convención Americana de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Código de la Niñez y de la Adolescencia

Código Sanitario

Código Civil Paraguayo

Ley del Estado Civil

Ley que exonera del Pago del estudio de HLA y ADN.



## LA UNIVERSIDAD COMO ILUSIÓN

Por Ubaldo Centurión Morínigo (\*)

En su hermoso libro *Breve tratado de la ilusión*, tratado acerca de ese sentimiento que es mezcla de esperanza y expectativa, Julián Marías se refiere a la relación maestro-discípulo. Al abordar este vínculo esencial en el proceso educativo: “Lo que quiero señalar, lo que me mueve a considerar aparte la amistad nacida de la docencia, es que un ingrediente suyo suele ser –tiene que ser, si la docencia misma es profunda– la *ilusión*. Si los estudiantes no esperan ilusionados la llegada del maestro, su presencia, su enseñanza, no funciona para ellos como maestro, sino a lo sumo como ‘como docente’ o ‘profesor’”.

Qué ilusión puede representar para el alumno el profesor que se limita a recitar una lección o que vacila o tiembla a la hora de tener que dar la más elemental definición. O aquel profesor que más que cuidar la elegancia de sus ideas, cuida la elegancia de su traje importado de París o el profesor que en vez de enseñar, amenaza con plazos implacables e improrrogables de la intocada e intocable escolaridad. O el que considera un enemigo al que osa efectuar una pregunta nacida de una sana curiosidad, pero que se la interpreta elaborada en los oscuros meandros de alguna inconfesable intención de dañar la imagen doctoral del docente.

Dice también el filósofo de la patria de Cervantes: “Si el maestro, por su parte, no siente ilusión por su menester, y concretamente por sus discípulos, en grado muy alto por algunos, su función es una forma deficiente, una degeneración de una vocación. Uno y otros tienen que *esperar*, anticipar, sen-

---

(\*) Profesor Titular de Introducción al Derecho y Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Académico correspondiente en Paraguay de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina. Director del Curso de Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Asunción.

tir complacencia, asociarse a las trayectorias ajenas. Si esta ilusión falta, la auténtica función no se cumple”.

Qué ilusión puede incitar el esfuerzo noble y persistente del maestro el encontrarse con cierta juventud apática, abúlica, que lo único que quiere es cursar los años de una carrera para alcanzar el título profesional, o sea, no pretenden esos estudiantes ser profesionales, sino tener el título de profesionales. Ciertamente, el profesor se siente ilusionado cuando encuentra jóvenes sanos, idealistas, deseosos de superarse intelectualmente, con amor al libro, siempre interesados en su perfeccionamiento intelectual, siempre humildes a la hora de estudiar pensando en lo que sostenía Sócrates: *“Sólo sé que no sé nada”*.

El profesor sabe que no está arando en tierra estéril, cuando sus alumnos sienten auténtica inclinación por el estudio y saben ser perseverantes ante los desafíos de la cultura. Asimismo, transmiten vigor y entusiasmo al docente ilusionado al demostrarle que están aprendiendo con alegría lo que él les enseña con esperanza y con alta conciencia de su cometido educacional.

No puede despertar ilusión en el maestro el alumno que hace del aula el templo de su inmovible mediocridad, el joven que no busca ser profesional sino alcanzar el título de profesional, el estudiante que en vez de tiempo libro quiere tiempo libre.

El falso profesor que enseña por la paga y no por vocación, no vive la ilusión o quizá su única ilusión sea que el discente al que le puso una buena nota no merecida, pueda en su homenaje promover huelgas solidarias con los explotados trabajadores de la educación. El alumno que se aburre en las clases somníferas del pseudo catedrático, que hace la farsa de la enseñanza con estudiado aplomo de premio Nobel experimenta la ilusión de un 5 sobresaliente, aunque sólo sobresalga la ignorancia íntegra del tema elegido para el examen.

Con maestros y alumnos ilusionados, el quehacer formativo moldea cerebros y almas, se llena de entusiasmo y convierte sueños de perfectibilidad y superación en hermosos y estimulantes logros humanos.

Cuando falta la ilusión en el cometido educativo se corre el riesgo de que ahí tenga despreciable nido el pesimismo que no ve futuro en el libro, esperanza en el afán intelectual ni siembra promisoriosa en la tarea del enseñante.

El amor sin ilusión es inauténtico, o se está apagando irremisiblemente.

En ese marco de ilusión, la universidad debe ser aquello que conceptúa como ideal el gran maestro español Rafael Puyol, rector de la prestigiosa Universidad Complutense, donde ha enseñado con relevancia intelectual nuestro noble amigo, experto en Derecho Constitucional, Virgilio Zapatero: “La universidad es una dependencia de la sociedad y aun queda bien decir de ella que es ayuntamiento de maestros y escolares. Uno y otros necesitan ámbitos para su función. Aula para las clases, bibliotecas para los libros, laboratorios para la investigación, gabinete para el trabajo en soledad. Pero como en el sueño del Rey que fue su impulsor, es bueno que haya también árboles y jardines que ventilen la atmósfera y campos para el deporte y fuentes para que se sosiegue el alma y se vuelva receptiva al hacer, al saber y al hacer saber; es conveniente que el campus sea un lugar ameno: “un jardín”. Confiamos en que nuestro decano ejecutivo Fernández Gadea, pronto, con su capacidad realizadora, llene de flores nuestros espacios verdes, los de nuestro edificio levantado por el joven de 80 años Carlos Mersán para el siglo XXI y haya fuentes como en la Universidad Complutense de Madrid para que hagamos todos profesores y alumnos, estudios y meditaciones profundas en un ámbito que sirva para amar más el Derecho y también para aprender a amar más a la Naturaleza, todo un ámbito para el auténtico ocio, para aquel en el que pensaron ya los griegos, el ocio no entendido como holgazanería, sino como la noble actividad para el enriquecimiento espiritual. Tiene razón el profesor Rafael Puyol: “Naturaleza y artificio, vida y cultura, paisaje y erudición”. Ojalá pronto todo eso tengamos en nuestro nuevo local de Trinidad, vigilado solemnemente desde muy cerca por el guardián invisible de la dignidad nacional, José Gaspar Rodríguez de Francia, el que estudió Derecho en el Colegio de Monserrat de Córdoba para luego ser no abogado de los privilegiados y de los magnates, sino abnegado, leal y fervoroso abogado de los pobres, de los que clamaban un poco de justicia para sus vidas y para su destino.

La cultura sin ilusión es rutina estéril, es desesperante vacío de mentes menesterosas de horizontes imaginativos. La universidad sin ilusión es una fábrica de profesionales sin alma y de graduados que sacrifican el ideal para levantar la osada bandera del pragmatismo que se enamora de las cosas y agravia con escandalosa infidelidad la causa sagrada de los principios.

Tiene razón el respetado rector de la Universidad Complutense de Madrid, una de las ciudades más bellas del mundo, como siempre comentamos

con el gran embajador José Antonio Bordallo Huidobro, no un embajador contra España sino un embajador de España para bien de nuestra causa hispanoamericana: “Cuando la política produce desasosiego, incertidumbre y melancolía, la universidad debe recurrir a lo mejor que sabe hacer: cultivar pensamientos”.

En la universidad de la ilusión, mientras recogemos tantas decepciones y engaños de muchos políticos que se alejan cada día más de la mística de la política, cultivemos pensamientos y que esos pensamientos sean cultivados al lado del césped verde, al lado de las flores, de las fuentes, en un hermoso campus para pensar y también para sentirnos bajo el influjo de fresca alegría que nos da la Naturaleza. O sea, un magnífico equilibrio ecológico, útil al país y a los altos objetivos de la universidad. Naturaleza, inteligencia y espíritu asociados para el bien.

Dice Julián Marías: “Ilusión es un nombre; pero a algo tan activo, proyectivo y dramático le pertenece una acción verbal, lingüísticamente un verbo. Hay, ciertamente, el verbo ilusionar en forma pronominal *ilusionarse*; pero significa la acción o proceso por el que se llega a la ilusión. Pero una vez que se está ilusionado, ¿qué se hace, en qué consiste propiamente la vida del que está ilusionado dominado por la ilusión?

“Es maravilloso que ese verbo exista y que sea precisamente otro de los prodigiosos hallazgos de la lengua española, otro de los secretos de esa manera de estar instalado y proyectarse que es la nuestra. Ese verbo es el extraordinísimo *desvivirse*”.

Y es evidente que ilusionarse en la universidad también debe ser un constante *desvivirse*, *desvivirse* como forma de vivir intensa y generosamente. *Desvivirse* para vivir en bien de la cultura, porvenir de la Nación y en pro de los más altos ideales de la humanidad.

*Desvivirse* para que viva la universidad, *desvivirse* para que la docencia tenga más conciencia de su rol iluminador de las mentes juveniles: *desvivirse* para que cobre más vida el ímpetu de perfeccionamiento individual de cada joven avanzando en la línea de sus legítimas aspiraciones, pronunciándose por el progreso cultural que vivifica y rechazando la postura rutinaria de los que se entregan a la quietud culpable, a la indiferencia y al desánimo.

## QUIETUDES E INQUIETUDES EN LA UNIVERSIDAD

Eduardo Martínez Márquez S.J. ha publicado un libro titulado *Universidad Auténtica* en el que sintetiza sus experiencias de mucho tiempo en la cátedra universitaria y también la recogida en numerosos congresos realizados en América, Europa y Asia, así como el resultado de sus observaciones sobre la marcha de la actividad universitaria en varios países del mundo.

Dice en el prólogo el distinguido salteño autor del volumen:

“Confieso, al escribir, no lo he dicho todo. Tampoco quiero afirmar que he dejado cosas en el tintero. Mi deseo era dialogar, con el corazón en la mano, sin querer herir a nadie. Pero también con la intención expresa de servir a la verdad y al ideal para provecho de todos, aunque algunos se sintieran aludidos, y menos favorecidos”.

Eduardo Martínez vive preocupado porque quiere profesionales en serio y no en serie, o sea, profesionales que lleguen al final de sus estudios después de haber pasado por la Universidad y no por debajo de la Universidad, como solemos decir a nuestros alumnos. Estudiantes que lleguen a la cima de sus afanes, no diciendo solamente que tienen el título de tal o cual profesión, sino que son verdaderos profesionales. Entre ambas cosas hay mucha diferencia. Dice el escritor:

“Necesitamos pensar en una universidad formadora de los profesionales según la ciencia y la técnica. Profesionales preparados para esto y para todo, no por las ‘*recetas*’ que han aprendido, sino porque saben buscar y encontrar la solución adecuada para cualquier caso que pueda presentarse. Eso sólo lo podrán hacer hombres que saben pensar por sí mismos, no porque han aprendido muchas cosas pensadas por otro, sino porque saben pensar por sí mismos... porque se han desarrollado en las diversas áreas del pensamiento humano: matemática, histórica, filosófica, científica, jurídica y han ejercitado sus hábitos mentales correspondientes y se han enriquecido con los intereses propios de cada verdad y conocen y aplican los métodos competentes de cada tecnología en prosecución de su verdad peculiar. O sea, se pronuncian por una formación universitaria que sepa desarrollar el espíritu crítico de los alumnos, que no haga de éstos unos simples autómatas, unos meros repetidores de lo que el profesor dice en clase o de lo que se lee en algún texto recomendado como “único válido”, por ciertos docentes.

Como a Ortega y Gasset también le inquieta al erudito salteño el “especialista bárbaro”, aquel que sabe mucho de su profesión o de su especialidad, pero ignora olímpicamente todo lo demás. Por eso postula una apertura del saber hacia los bellos horizontes del humanismo. Dice, en efecto: “Las humanidades abarcan todas las disciplinas en que el hombre busca la verdad, sin preocupación alguna por su aspecto práctico o de inmediata aplicación, se confunden así, con las ciencias puras y las artes liberales en contraposición con lo que es estrictamente profesional. Se las llama humanidades porque todas ellas enriquecen primariamente al hombre que las cultiva y lo van completando, con hábitos mentales, intereses, actitudes, y metodologías propias; es decir, lo van formando en sus facultades superiores y humanas por antonomasia”.

Decimos siempre a nuestros alumnos que la vida del estudiante termina, pero la vida del estudioso jamás. Que hay togas al final de la carrera para los estudiantes, pero no hay toga ni acto de graduación para los estudiosos. Se debe ser estudioso hasta la tumba. Con la misma preocupación expresa Martínez: “El concepto de la educación como mera etapa preparatoria de la vida ha sido desplazado ya por lo que hoy se llama educación permanente. En efecto, la educación ya no puede terminar, sino con la vida y el hombre del futuro, y mucho más con la responsabilidad de un servicio profesional, tiene que estar perpetuamente abierto a las conquistas de la ciencia y de la técnica, y constantemente activo para colaborar con este avance incesante de la humanidad, aunque sólo sea para no quedarse postergado y aislado a la orilla del camino”.

Así como hay que alentar la superación de los estudiantes, hay que alentar la superación constante de los profesores que deben estar al día con los conocimientos de la materia que enseñan, como tan bien lo dice el profesor de profesores Segundo V. Linares Quintana. “Por lo demás - expresa el autor del libro - todo el mundo sabe que la labor fundamental de una organización universitaria supone una selección de su personal docente y discente en función del fin determinado. Este enfoque o prerrequisito no es de ninguna manera antidemocrático. La universidad está al servicio de todos y precisamente para ello incluye también funciones de extensión y servicio de la comunidad ambiente. Pero ella misma supone, en sus miembros integrantes, una condición de capacidad que la convierte en una institución esencialmente aristocrática, aunque en un orden de cosas, que no excluye a nadie por principio”. Nosotros no diríamos institución aristocrática, sino institución que busca abrirse a los mejores con ciertas condiciones de elemental idoneidad para poder ingresar en las aulas universitarias.

Martínez Márquez defiende la autonomía universitaria, pero señala claramente que ella no es una concesión del Estado, sino que se trata de un derecho natural que precede a toda organización jurídica de la colectividad. Claro está que el experto universitario aclara muy bien que esa libertad, autonomía, no puede ser de todo orden. Agrega: “No se trata de una inmunidad de toda jurisdicción ni mucho menos de toda impunidad al margen de la ley. Ese libertinaje absurdo no hace más que mancillar y entorpecer las puras sendas del estudio sereno y de la dedicación exclusiva que exige este noble compromiso de la verdad”.

“Se trata siempre de una autonomía académica para enseñar y aprender y para investigar la verdad que acata por lo demás toda verdadera autoridad donde quiera que se ostente y ejerza”.

En otros términos, no acepta el autor que se invoque la autonomía universitaria para negociar escandalosa y repugnantemente con la educación fabricando carreras de uno ó dos años para dar títulos de ingenieros o de arquitectos. Sería una industria abominable aquella que juega con el presente y arriesga gravemente el futuro de la juventud, así como con mentiras y mixtificaciones pretende conducirse a la juventud al fracaso, a la muerte de sus ilusiones. El escritor se pronuncia por una educación universitaria formativa y humana por dos razones indiscutibles: la primera razón es que el profesional debe ser un mentor de la comunidad así como actuar en cualquier campo, con la debida eficiencia y dándole un sentido profundamente humano a su quehacer. La segunda razón: que el profesional universitario no puede reducirse a “ser un mero práctico” que no hace otra cosa que llevar a su acción lo que aprendió en clases. El profesional debe ser un creador, “un hombre que encuentra la solución aprehendida y cabal para cada caso que se le presenta por cuanto sus cualidades humanas –su herramienta natural–, están desarrolladas al máximo de su eficiencia y capacidad”.

Pablo VI llamaba a los pensadores “ávidos de lo absoluto, de justicia y de verdad” a emprender “los caminos que conducen a través de la colaboración, de la profundización del saber, de la amplitud del corazón a una vida más fraternal, a una vida humana verdaderamente universal”.

El autor de esta obra considera que la universidad auténtica es aquella “que está libre de presiones políticas por dentro y por fuera como fruto de una limpia autonomía sin reservas falaces ni alardes inmaduros”. Y entiende que esa universidad puede alcanzarse con un presupuesto equilibrado y con seriedad ante los desafíos del desarrollo ejerciendo tareas docentes y funciones de

investigación, de extensión universitaria con un sentido de mística que proscriba todo procedimiento o toda palabra demagógica.

Los catedráticos que ven en sus alumnos a enemigos y no a compañeros de estudio como ven los maestros a sus discípulos en la Universidad Nacional Autónoma de México donde el profesor trata al alumno de compañero, debería meditar acerca de estos conceptos claros y señeros de Martínez Márquez: “La gran riqueza de una universidad no está en sus laboratorios bien equipados ni en sus bibliotecas al día. Ni siquiera la constituyen sus profesores de alta categoría científica y con dedicación exclusiva. La gran riqueza de una universidad, la más auténtica son sus estudiantes. Esa juventud en plena eferescencia de ideales, para la que nada parece imposible, y que está dispuesta a jugarse por todo lo que alberga su corazón, es el precioso material humano que la universidad tiene la responsabilidad ineludible de conducir hasta sus puestos de servicio en la sociedad como el oportuno recurso humano que demanda de ella cada coyuntura histórica”. A esa juventud de tantos valores y de tanta potencialidad dañan los profesores populistas que regalan notas para ganar simpatías y adhesiones multitudinarias, como así a esa juventud traicionan los que se comportan ante ella como ogros, como inhumanos decapitadores que, invocando falsamente el rigor en el examen, no hacen otra cosa sino aplicar criterios arbitrarios que denotan escandalosa injusticia en perjuicio de los mejores esfuerzos de los estudiantes. Como indicaba Ortega y Gasset, Eduardo Martínez recomienda a los universitarios en primer término, trabajo duro. Después disciplina. “Hay que acostumbrarle al estudiante al deber, a sufrir y a tolerar, a aceptar y ceder, a convivir, a trabajar con otros, a perseverar hasta el fin”. Asimismo recomienda a los jóvenes respeto, “actitud de apertura, de aceptación y reconocimiento hacia el saber y hacia la ciencia y hacia la autoridad que ha de inducirlos y dirigirlos. Es claro: el aprendizaje supone una comunicación en un campo de niveles desiguales: uno enseña lo que sabe y otro aprende lo que no sabe. Es como en la teoría de los vasos comunicantes. Si no hay desnivel, no se mueve el agua. Pero con esta diferencia: en esta comunicación tiene que haber conciencia del desnivel porque el que aprende reconoce su ignorancia, desea remediarla, tiene interés. Es un género de respeto y reconocimiento de los valores de la ciencia en el maestro”.

Pone énfasis en el trabajo duro para triunfar en la universidad recordando: “que no hay sustituto posible para esta exigencia. El estudio cuesta mucho no precisamente en el orden económico, sino en el esfuerzo humano irremplazable. Todavía no se ha inventado la máquina para suministrar ciencia a los usuarios, sin molestia y trabajo de su parte. La ciencia es, y será

siempre, un resultado del esfuerzo personal, el resultado de un esfuerzo inmanente y costoso que la universidad tiene la obligación de inducir por medio de sus profesores. El día en que la universidad ya no pueda exigir esta condición a sus estudiantes, y sancionar a los recalcitrantes su labor habrá terminado, porque el proceso educacional no sólo se habrá hecho deficiente, sino del todo imposible. Mejor es cerrar sus puertas y no engañar a nadie”.

El facilismo no puede ser jamás el camino del universitario; tiene que pronunciarse siempre por el afán arduo para llegar al verdadero éxito. Chesterton decía: “En la vida hay dos caminos: un camino fácil y un camino difícil pero generalmente por el camino difícil pasa la línea del deber”.

El catedrático de la patria de Sarmiento rechaza la esterilidad de aquellos educadores que no hacen otra cosa que vivir una desesperante rutina, repitiendo cansinamente lo mismo todos los días, sin el mínimo afán de acceder a nuevos conocimientos o a intentar con espíritu innovador la apertura hacia nuevos saberes. Expresa el técnico en educación superior: “Profesor que no investiga, se adocena y empequeñece y deja de ser apto para abrir horizontes, lo que vale decir que ya no puede estimular ni enseñar”.

La universidad no puede ser una torre de marfil. Es importante la investigación, hacer trabajos científicos, el estudio silencioso y sereno en las bibliotecas y en las aulas universitarias pero es innegable que la universidad tiene que abrirse hacia la población, tiene que abrirse hacia la sociedad para recoger solidariamente sus profundas inquietudes. “Ningún problema comunitario -dice Martínez Márquez- le puede ser indiferente, abierta a todos los intereses humanos, su vida debe correr paralela a la comunidad que le da el ser y para la cual vive y esto debe ser realidad en todos los órdenes, no sólo en lo estrictamente cultural o educacional sino también en el social, político, económico, artístico y aun deportivo, aunque conservando siempre el punto de vista que le es propio, y sin salirse de su propia esfera cultural”.

“De este modo la universidad, como fuente auténtica de recursos humanos, bien sincronizada con las necesidades de la comunidad, contribuirá, como el que más, a su desarrollo, que no puede ser meramente técnico ni exclusivamente económico, sino ante todo humano en el sentido más propio de la expresión”. Bien dice el Decano de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, profesor Carlos Fernández Gadea: “Los mejores recursos humanos de nuestra Facultad son los profesores y son los alumnos”. A ambos estamentos, mantenerlos en constante y activa superación, es la meta para que los logros sean cada vez más positivos de cara al desafío de pertenecer a

una institución centenaria de la que han egresado abogados que fueron ilustres estadistas, exponentes valiosos de las ciencias jurídicas y valores singulares de la intelectualidad paraguaya.

La Reforma Universitaria significa avanzar, progresar, ir, marchar en dirección de los luminosos ideales universitarios. Dice el jurista salteño: “Vivir es renovarse, se ha dicho con verdad de todo organismo individual y colectivo. La universidad es eso ante todo: un organismo que vive y hace vivir”.

“Alma Mater la llamaban los clásicos: algo así como madre y alimento de la vida de los suyos, la de todos aquellos que se acogen a su seno, pródigo y fecundo, para enseñar y aprender todos a una... porque los unos aprenden, enseñando y se llaman profesores y los otros enseñan aprendiendo y se llaman estudiantes o discípulos...; enseñar y aprender es la vida genuina de los espíritus inmortales”.

Entiende el escritor que la consigna ante los desafíos del nuevo siglo son: adaptabilidad, creatividad y polivalencia. Adaptabilidad significa “sensibilidad activa para el mismo cambio, que sabe detectarlo hasta esos más ligeros signos precursores”. Y señala también: “Esto quiere decir que el futuro profesional universitario tendrá que ser un educador permanente de sí mismo. Su paso por la universidad no fue para aprender lo que otros han pensado, sino para aprender a pensar por sí mismos en cualquier circunstancia por sorprendente e inesperada que pueda aparecer”.

Y continúa: “Ni la carrera de educación profesional podrá consistir ya en una especie de recetario o formulario, más o menos rico de soluciones prefabricadas; ni el mismo profesional podrá concebir su labor como la de un robot en disposición casi mecánica de aplicarlas”. Debe tener porosidad espiritual –diría Ortega y Gasset– debe saber abrir nuevos rumbos al pensamiento a tono con un mundo en vertiginoso desarrollo. Por último, la polivalencia de formación humana. “Hay que confesar -dice Martínez Márquez- que la transmisión de los conocimientos es necesaria en la educación, pero no es menos verdad que los conocimientos envejecen rápidamente y de ahora en adelante cada vez más; de aquí la necesidad de determinar lo básico, lo verdaderamente básico de cada área profesional dentro de un contexto de cultura humana general”. Dice el hombre de derecho de Salta: “Concretando más, el profesional futuro debe tener una formación rica y actualizada o actualizable en cada momento. Nótese bien: formación, no precisamente en conocimiento ni sólo teórica, en enunciados fecundos y bien asimilados, sino prácticas por sus es-

pecíficas metodologías personalmente experimentadas en un conjunto armónico y consciente, como base de toda actitud y actividades profesionales. Esta cultura general no precisamente ha de ser transplantada o transmitida, sino auxiliada en su gestación, estimulada, dirigida y llevada a cabo en cada uno de los estudiantes bajo el signo de su vocación profesional y los requerimientos comunitarios hacia un área concreta de especialización”.

Hay profesores que deberían llevar en camillas los conocimientos moribundos y perimidos, a las aulas, donde se requiere estar al día con la ciencia y no recitando exposiciones que merecen una jubilación con menos retribución que las jubilaciones que ofrece el Estado, así como hay estudiantes que deben entender que tienen que seguir con ánimo y con perseverancia el creciente avance de las ciencias. “Estudia, si no sigues los pasos del Derecho, serás cada día menos abogado”, enseñaba Couture.

Soñando con la auténtica universidad, dice quien escribió este libro tan interesante: “El profesional del tercer milenio no acabará nunca su carrera, porque se hallará naturalmente en educación abierta y permanente, siempre pendiente del último descubrimiento y en actitud de constante revisión bajo el signo de los tiempos”. “Así hemos de concebir la universidad de hoy, para que sus productos humanos de alta calidad tengan la vigencia del mañana en un mundo en plena explosión cultural con audacia y eficacia por caminos nuevos y en conformidad siempre con las necesidades de una realidad dinámica en permanente renovación”.

Cuando presentamos nuestra tesis doctoral, postulamos en la misma para beneficio de la juventud y de toda la sociedad la educación permanente. Nos preguntó en aquella oportunidad Mario López Escobar: “¿Qué entiende usted por educación permanente?”.

Le respondimos: “Para nosotros educación permanente significa estudiar, estudiar siempre, avidez por saber más y más y evitando caer en la situación triste de los que se han anquilosado espiritual e intelectualmente”.

Como anhelaba Eduardo Martínez Márquez, pensemos en que el ideal universitario “no puede ser algo estático y fijo –por decirlo así– por elevarlo que quisiéramos fingirlo sino dinámico y en continua gestación”.

El que cree que ya sabe todo, desarrolla una soberbia insoportable y agresiva.

El que entiende que –como dice Julián Marías– “la vida es ensayo y error”, busca con humildad aprender algo más cada día. Con ello se humaniza más, se enriquece más y torna más valioso su aporte al desarrollo científico, a la causa del progreso y de la elevación espiritual del pueblo.

Las quietudes adormecen el espíritu creador de la universidad. Las inquietudes la tornan viva, fecunda, siempre a la altura de los nuevos tiempos.



## **LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR: SU APLICABILIDAD DIRECTA POR LOS TRIBUNALES PARAGUAYOS**

**Por Miryam Peña (\*)**

Esta investigación acerca de la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su aplicabilidad directa por los tribunales paraguayos se realizó sobre textos de especialistas en Derecho Laboral, Derecho Internacional, Derecho Internacional de Derechos Humanos, Derecho de Integración y Derecho regional del MERCOSUR.

Es evidente que la naturaleza jurídica de este instrumento es COMPLEJA. Es una declaración, documento no susceptible de ratificación y no está ratificada. Tampoco integra de manera expresa las fuentes normativas del MERCOSUR, definidas en el Protocolo de Ouro Preto.

Y precisamente esa complejidad del instrumento captó mi curiosidad y dirigió todo el esfuerzo de la investigación a escudriñar, más allá de su apariencia formal, la real esencia, la sustancia de Declaración Sociolaboral, que le garantice alguna eficacia jurídica y que lo convierta en un documento de alguna utilidad judicial. Propósito logrado como mostraré más adelante, aunque no libre de controversia.

Antes de avanzar en mi exposición de la tesis, haré una breve descripción del instrumento investigado para ilustrar acerca de su génesis, contenido y el marco constitucional al que adhiere.

---

(\*) Miembro del Tribunal de Apelación del Trabajo, Segunda Sala. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, en las cátedras de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Derecho Civil - Persona, Familia y Derecho Procesal Laboral.

En ese aspecto, es fundamental tener en cuenta que como respuesta a la creciente globalización y mundialización de las relaciones internacionales surge como alternativa de desarrollo y de afianzamiento de la democracia la corriente integracionista de los pueblos, que en este Cono Sur se cristaliza con la creación del Mercado Común del Sur — MERCOSUR, por el Tratado de Asunción, suscrito por los gobiernos de la Rpca. Argentina, Rpca. Federativa del Brasil, Rpca. del Paraguay y la Rpca. Oriental del Uruguay en esta ciudad de Asunción el 26 de marzo de 1991.

Una lectura atenta de este tratado, especialmente de su preámbulo, revela que el MERCOSUR no es un mero proyecto de integración económica guiado solo por estándares de eficiencia y competitividad, pues los Estados partes reconocen abiertamente que la integración constituye la condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico “CON JUSTICIA SOCIAL”, a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.

Tan es así que la dimensión social se incorpora rápidamente en el temario institucional del MERCOSUR. A menos de dos meses se comienza a gestar la idea de adoptar una Carta Social del MERCOSUR.

De esta manera tras debates y minuciosas negociaciones, con participación de gobiernos y actores sociales, durante años, y luego de ser aprobado por los diversos órganos del MERCOSUR, el documento definitivo, bajo la denominación de “Declaración Sociolaboral del MERCOSUR” fue adoptado con la firma de los cuatro jefes de Estado de los Estados miembros del MERCOSUR, el 10 de diciembre de 1998 en la ciudad de Río de Janeiro.

El contenido de la Declaración consta de tres partes claramente diferenciadas: preámbulo, declaraciones de derechos, y reglas de aplicación y seguimiento.

En el preámbulo, destaca que la integración regional no puede circunscribirse a la esfera comercial y económica, sino debe alcanzar la temática social, tanto en lo que respecta a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa integración y por el proceso de globalización de la economía, como al reconocimiento de una plataforma mínima de derechos de los trabajadores en el ámbito del MERCOSUR, correspondiente a las convenciones fundamentales de la OIT.

Entre las normas substantivas la Declaración Sociolaboral define derechos, principalmente de los trabajadores, y compromisos por parte de los Es-

tados de adoptar medidas para asegurar el goce efectivo de los mismos. De allí que gran parte de sus cláusulas son completas, autoejecutables, susceptibles de aplicación directa e inmediata.

Los derechos y principios expresamente consagrados en el articulado de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR incluyen: no discriminación; promoción de la igualdad; trabajadores migrantes y fronterizos; eliminación del trabajo forzoso; trabajo infantil y de menores; derechos de los empleados; libertad de asociación; libertad sindical; negociación colectiva; huelga; promoción de desarrollo de procedimientos preventivos y de autosolución de conflictos; diálogo social; fomento del empleo; protección de los desempleados; formación profesional y desarrollo de recursos humanos; salud y seguridad en el trabajo; inspección del trabajo y seguridad social.

En las reglas de aplicación y seguimiento, recomienda instituir una Comisión Sociolaboral, de conformación tripartita, dependiente del Grupo Mercado Común; dotado de instancias regionales y nacionales, con carácter promocional y no sancionador, debiendo manifestarse por consenso de los tres sectores.

Indudablemente la DSLM se afilia a la tendencia del constitucionalismo social al que responden todos los países del MERCOSUR, que recogen en sus constituciones una serie de derechos laborales, derechos sindicales, derechos de seguridad. De esta manera tales derechos no solamente se encuentran blindados en cuanto a su existencia, permanencia y solidez por la Constitución sino también por la norma internacional regional.

En lo que sigue defenderé mi tesis sobre la eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su consiguiente aplicabilidad directa por parte de los tribunales paraguayos, tesis no exenta de controversia, como ya advirtiera al comienzo de esta exposición.

En efecto, sostengo que los derechos y principios contenidos en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR son obligatorios, vinculantes y de eficacia jurídica plena, por las siguientes razones:

En primer término demostraré que la DSLM es un tratado.

A los efectos de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados del año 1969, se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en

un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular. La DSLM se ciñe a esta definición de la Convención.

Reconocidos estudiosos del Derecho Internacional, basados en esta definición de la Convención de Viena, sostienen que no se debe restringir la noción de tratado al instrumento único, celebrado por escrito y sujeto a ratificación. Esa noción configura un “tratado en sentido estricto” y que, tratado en sentido amplio comprende además protocolos, declaraciones, pactos y otros términos por los que se designan aquellos instrumentos que crean derechos y obligaciones mediante acuerdos de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional. La exigencia definitoria y substancial es que el acuerdo entre Estados debe producir efectos jurídicos, “crear derechos”, por ello quedan excluidos del concepto de tratado las “declaraciones políticas”, “declaraciones de principios” y los “acuerdos de caballeros”, que si bien implican concurrencia de voluntades no producen efectos jurídicos. Este no es el caso de la DSL que, como ya señalé, proclama derechos subjetivos concretos y compromisos precisos asumidos por los Estados partes, con varias cláusulas completas y autoejecutables. No es pues una declaración de meros propósitos políticos, la DSLM es un instrumento internacional que entraña compromisos jurídicos regidos por el Derecho Internacional. Siendo así, no obstante su denominación, tiene carácter de “tratado” en los términos definitorios de la Convención de Viena.

Además, la DSLM integra el contexto del Tratado de Asunción, siempre a la luz de la Convención de Viena, que aclara que el contexto de un tratado comprende, a más de su texto, incluidos sus preámbulo y anexos, “todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado”. La DSLM es vista como la reglamentación o el desarrollo del aspecto social de la integración regional sellada con el Tratado de Asunción (23.03.91), que se propone mediante la integración, acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social. Es indudable pues que la DSLM es consecuencia del Tratado de Asunción.

En segundo término, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR constituye fundamentalmente un documento de Derechos Humanos, porque consagra derechos laborales

Existe actualmente una aceptación unánime de los derechos laborales como derechos humanos fundamentales, tal como son reconocidos y acogidos

dos en los grandes y emblemáticos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tanto universales como regionales, que conforman el *Patrimonio Jurídico de la Humanidad*, a los que la Declaración Sociolaboral se remite claramente en sus considerandos.

Este carácter de documento de derechos humanos tiene trascendencia decisiva en la eficacia jurídica de la declaración. Esto sustentaré en tres enfoques que el estado actual de la ciencia jurídica ofrece en esa dirección: 1) el recurso a la noción del “bloque de constitucionalidad”; 2) la superioridad del Derecho Internacional; y 3) el reconocimiento de que los derechos humanos forman parte del *ius cogens*.

En adelante me detendré brevemente en cada uno de los mencionados aspectos.

#### 1) La DSLM vista como parte del bloque de constitucionalidad.

La noción del “bloque de constitucionalidad”, elaborado por el derecho francés, sustenta que la Constitución configura un plexo que no se reduce a la suma de su articulado, ni a la letra de sus disposiciones, más también comprende principios y valores de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los que los respectivos Estados forman parte. Así, en la concepción contemporánea, al mismo tiempo de los derechos expresos son también consagrados en la Constitución derechos implícitos, que la jurisdicción constitucional debe aplicar para cumplir con su finalidad de consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático.

Acorde con esta tendencia moderna, las Constituciones de todos los Estados del MERCOSUR, contienen una o más normas que extienden el catálogo de los derechos fundamentales en ellas expresamente consagrados haciendo una remisión genérica y abierta a todos los derechos humanos, como son el art. 33 de la Constitución argentina, el art. 5. apdo. 2 de la brasileña, los arts. 72 y 332 de la uruguaya y el art. 45 de la paraguaya.

En referencia concreta al Paraguay, el art. 45 de la Constitución expresa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no puede entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella” y agrega que “La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar o menoscabar algún derecho o garantía”.

De esta forma, el citado art. 45 de la Constitución nacional sería la ventana por la que ingresan al plexo de las normas constitucionales los postulados de la DSLM, cuyas cláusulas consagratorias de derechos humanos vendrían así a ser adicionales, complementarias a las contempladas expresamente en la Constitución. Y por ende este documento regional se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico interno del Paraguay, sin necesidad de ninguna especie de acto de recepción o de consentimiento.

2) La DSLM desde el enfoque de la superioridad del Derecho Internacional.

La práctica internacional ha consagrado, tanto por las normas del propio orden internacional como por la jurisprudencia constante de los Tribunales Internacionales, la primacía del orden jurídico internacional sobre el orden jurídico interno. En este sentido, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados expresamente dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

En el derecho interno generalmente los Estados a nivel constitucional determinan para cada sistema los principios respecto a la forma de incorporación de las normas internacionales en el orden jurídico interno y establecen la jerarquía de las mismas.

En este tema de la articulación del derecho internacional con el derecho interno, en el Paraguay, entran en juego los artículos 137, 141, 142, 143 y 145 de la Constitución Nacional de 1992, como igualmente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, todas normas positivas en el marco del Derecho paraguayo.

Conforme con las disposiciones de los arts. 137 y 141, una vez cumplidos los pasos en ellas establecidos los acuerdos internacionales quedan debidamente incorporados al orden jurídico nacional, con jerarquía superior a las leyes ordinarias. No existen, pues, dudas de que los tratados se encuentran en un plano supralegal en el orden interno del Paraguay.

Ahora bien, tratándose de tratados de derechos humanos, creo que el orden de prelación establecido en el art. 137 debe ser interpretado compatibilizando dicha disposición con las de los artículos 142, 143 y 145, para poder apreciar la verdadera ubicación de tales instrumentos de derechos humanos en el plexo del orden jurídico del Paraguay, y esto al margen de la conclusión

antedicha acerca de la integración de tales documentos al bloque de constitucionalidad.

El artículo 142 distingue los tratados internacionales relativos a derechos humanos de los tratados en general, equiparándolos prácticamente a las normas constitucionales, dado que les otorga el mismo nivel de importancia en cuanto a su estabilidad, al disponer que los tratados de derechos humanos solamente podrán ser denunciados siguiendo los pasos de la enmienda constitucional.

Por su parte, el enunciado del art. 143 revela la posición del Paraguay ante el Derecho Internacional, derecho que acepta, recogiendo sus principios básicos, entre los que resalta la “protección internacional de los derechos humanos”.

Y por último, en el art. 145 La República del Paraguay admite “un orden jurídico supranacional” que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y el desarrollo.

De las mencionadas normas surge que el ordenamiento jurídico constitucional del Paraguay se encuentra fuertemente conectado con el Derecho Internacional, otorgando tratamiento especial y diferenciado a las normas internacionales de derechos humanos, que ocupan un lugar preeminente o al menos igual a la Constitución y por ende está en condiciones de aceptar a la DSLM, en tanto instrumento de derechos humanos, como norma de derecho interno paraguayo, más allá de cualquier acto nacional de incorporación o reconocimiento.

### 3) Finalmente, la DSLM vista como parte del *ius cogens*

La noción del *ius cogens* está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en tanto norma imperativa del derecho internacional general, que es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y solo puede ser modificada por otra norma ulterior del Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter”.

Esta norma, coherente con la humanización y socialización del Derecho Internacional, es la manifestación concreta de la comunidad internacional de la aceptación de la existencia de principios y normas jurídicas de carácter imperativo, que prevalecen incondicionalmente sobre la voluntad de

los Estados, y las que no pueden sustraerse, por responder al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia.

Los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, de ahí que el respeto por los derechos humanos sea una aspiración fundamental del Derecho Internacional contemporáneo, hasta el punto que se entiende hoy comúnmente que las normas internacionales sobre protección de los derechos del hombre forman parte en sus aspectos básicos esenciales del *ius cogens* internacional.

Todas las categorías de instrumentos que tratan derechos humanos — entre los que se cuentan los laborales— son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *ius cogens*.

En consecuencia, es dable sostener bajo sólido fundamento que los postulados de DSLM, que consagran derechos fundamentales de los trabajadores componen el patrimonio jurídico de la humanidad e integran el orden público internacional, el *ius cogens*, este derecho automáticamente vinculante y obligatorio.

Desde cada una de estas perspectivas comentadas, resulta confirmada la eficacia jurídica de la DSLM como fuente de conocimiento del derecho aplicable por los jueces nacionales, al margen de toda ratificación.

## Conclusiones

La DSLM puede ser considerada como la palada inicial de la construcción del espacio social de la región. Es verdad que La DSLM reconoce derechos y principios laborales ya consagrados, en las declaraciones y pactos emblemáticos de derechos humanos, pero su mérito radica en iniciar el desarrollo jurídico del sistema regional, como una de las formas de plasmar y promover la identidad subregional, que es la aspiración de la integración proyectada en el Tratado de Asunción.

En resumidas cuentas, la DSLM no es una declaración banal ni irrelevante. Es una declaración que proclama derechos humanos de los trabajadores, cualidad de la que se desprende que:

— Es fuente del Derecho Internacional de los derechos humanos.

— Integra el *ius cogens*, derecho imperativo al margen de la voluntad de los Estados.

— Es admisible su jerarquía superior, ante el reconocimiento de la Constitución de un orden jurídico supranacional.

— Integra el bloque constitucional del orden jurídico del Paraguay, en virtud del dispositivo amplificador de la norma del art. 45 de la C.N.. Es pues una norma constitucional innata, y por supuesto ajena a toda exigencia de ratificación.

Estas conclusiones apoyan y denotan la eficacia jurídica plena de la DSLM, y justifican la posibilidad de fundar una decisión en sus disposiciones por parte de los tribunales paraguayos.





## **EL PARAGUAY, ANTES Y DESPUÉS DE SU INCORPORACIÓN PLENA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**Por Eric María Salum Pires (\*)**

La presencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestro país, del 9 al 13 de mayo del corriente año 2005, marca un hecho trascendente en el proceso de incorporación de nuestro país al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Efectivamente, es la primera vez desde que la Corte Interamericana inicio sus sesiones que el pleno de sus miembros se traslada fuera de su sede, sito en San José de Costa Rica, para deliberar y tratar los casos fijados para este periodo de sesiones, aceptando la invitación de nuestro país como un respaldo al proceso iniciado en 1989.

Este nuevo estilo de atender los casos, acercándose a los países de la región donde se hubiesen producido las violaciones de derechos humanos elevados ante dicho órgano jurisdiccional da una sensación de proximidad e inmediatez a las partes, y a la vez refuerza la confianza en el propio sistema que lo permite renovar su imagen con un estilo diferente, más propio seguramente de los actuales miembros que lo integran.

Es importante señalar que en oportunidad de la presencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestro país no atendió ningún caso relacionado con Paraguay por ser país anfitrión, adelantando seguramente un procedimiento que adoptaran en futuras salidas de su sede para sesionar en otros países.

---

(\*) Profesor Adjunto de Introducción al Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

En dicha oportunidad los profesionales del foro, profesores, alumnos y el público en general tuvo una oportunidad única y privilegiada de asistir a las sesiones solemnes de la Corte Interamericana, en la que se encuentran presentes además de los jueces de la Corte, el secretario Ejecutivo y demás funcionarios de la Comisión Interamericana como parte acusadora, los representantes del Estado acusado y los representantes de las víctimas, y a la vez apreciar el procedimiento y los mecanismos utilizados en los casos sometidos ante dicha jurisdicción supranacional.

### **LA TESIS SOSTENIDA POR EL PARAGUAY ANTES DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE**

Comenzaré señalando que el régimen depuesto en febrero de 1989 había desarrollado una política internacional carente de racionalidad, credibilidad y coherencia, pues su meta no era otra sino acercarse a los regímenes con afinidades ideológicas, simpatías personales o se mostraban condescendientes con las arbitrariedades permanente y sistemáticamente perpetradas en el país y denunciadas desde el exterior, sobre todo la violación de la libertad de prensa, de expresión y de reunión que fueron alevosamente ignorados.

Lo más grave fue que este régimen ni siquiera acataba la letra y el espíritu de la propia Constitución Nacional (1967) vigente en ese entonces, cuyo artículo 8º prescribe: “Esta Constitución es la ley suprema de la Nación. Los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales, ratificados y canjeados, y las leyes, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciados”. Además, en su artículo 9º imponía el respeto a los derechos humanos y a la soberanía de los pueblos.

Obligaciones que datan desde la suscripción en 1945 de la carta de las Naciones Unidas y en 1948 la Carta de la OEA que, aunque dos veces reformada ya, mantenía vigente sus principios fundamentales. Y como ambas cartas son casi similares en lo que concierne a los derechos humanos, bastará mencionar el artículo 12, inc. 3 de la Carta de las Naciones Unidas donde expresa que “los propósitos de las Naciones Unidas son: realizar la cooperación internacional con la solución de los problemas de carácter económico, social, cultural o humanitario, en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Obligaciones que según el

art. 2º, “los estados deberán cumplirlas de buena fe”, Y como nada de ello acontecía, nuestro gobierno fue objeto del paulatino aislamiento internacional tanto político como diplomático aparentemente sin siquiera inmutarle.

Solamente cuando las críticas de diversa procedencia se multiplicaban cada vez más, el gobierno de Asunción comenzó a rechazarlas calificándolas como una intervención en los asuntos internos del Estado paraguayo. Olvidaba entonces, o sencillamente pretendía ignorar, que el respeto a los derechos humanos carecen de fronteras, no solo por las obligaciones emergentes sobre la materia al suscribir el Paraguay las Cartas de las Naciones Unidas y la OEA sino porque su cumplimiento no pertenece únicamente a la jurisdicción del derecho interno como se pretendía.

Lo confirma el Instituto Interamericano al opinar que “los derechos humanos no constituyen ya asuntos de la competencia exclusiva del Estado, cualquiera que sean las circunstancias en que ocurra la violación o las secuencias en que esta se traduzca. Se trata de un asunto que ha trascendido el ámbito nacional y, por lo tanto, ni la soberanía ni la intervención constituyen principios que pueden oponerse a una acción colectiva, perfectamente justificada a la luz de otros principios igualmente consagrados en el ordenamiento del Sistema Interamericano”.

Pero como en el ámbito oficial no se compartía esta posición, la polémica jurídica quedó abierta. Es decir, si la preocupación en otras latitudes por los derechos humanos constituye o no una injerencia en los asuntos internos del Paraguay. Tesis que de imponerse, no justificaría que las Naciones Unidas o la OEA o gobierno alguno pueda interesarse en la odiosa práctica del “apartheid” en Sudáfrica, en los desbordes de la represión militar en Chile o cuando se clausura el diario “La Prensa” de Managua. Situación que también se produjo poco después en nuestro país con la suspensión del diario “ABC Color” el 23 de marzo de 1984.

En este último caso, la embajada americana en Asunción emitió una declaración en la que “deplora profundamente la detención del dueño del diario, Aldo Zucolillo, como también el apresamiento de una periodista de ese matutino, representa una seria violación al principio de la libertad de prensa”. En el mismo sentido se manifestaron sucesivamente el departamento de Estado y el propio Senado americano, la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), amnistía Internacional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un informe especial de 130 páginas en abril de 1986.

Entonces, como la vehemente defensa que se hacía en nuestro país de los principios de autodeterminación y de no intervención en los asuntos internos de los Estados basándose en la declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y la protección de su soberanía e independencia, fue necesario señalar que esta declaración consagra una sola limitación al principio absoluto de la NO intervención en su numeral 6 que dice: “Todo Estado debe respetar el derecho a la libre autodeterminación e independencia de los pueblos y naciones, el cual ha de ejercerse sin trabas ni presiones extrañas y con absoluto respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Asimismo, oportuno es recordar que el propio R.J. Vincent, uno de los más firmes defensores del principio de la no intervención y de la soberanía estatal, en su libro “No intervención y Orden Estatal” expresa: “El principio de no intervención formaría parte de ese derecho que exigiría a los Estados abstenerse de interferir en los asuntos de otro, pero no se lo podría invocar para contener la expansión del Derecho Internacional mismo, y en este sentido, protegería el campo cada vez más reducido de su jurisdicción interna”.

### **PARAGUAY INICIA SU INSERCIÓN EFECTIVA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Para mí, quien tuvo el privilegio de haber sido el primer director general de derechos humanos creado en el Ministerio de Justicia y Trabajo tras la instauración del gobierno emanado de la jornada del 2 y 3 de febrero de 1989 cumplida por el movimiento cívico-militar liderado por el general Andrés Rodríguez contra el régimen stronista, el hecho de que sea precisamente Asunción la capital sudamericana escogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para sesionar por primera vez fuera de su sede en San José de Costa Rica, tiene muy especial significación por los obstáculos que debieron ser superados para ello y el avance hasta hoy logrado.

El proceso de adhesión a la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos comienza en el Paraguay justamente luego de la instalación del nuevo gobierno en febrero de 1989, cuyo flamante congreso recién instalado como un mensaje de su compromiso con los derechos humanos tanto para el pueblo paraguayo como para la comunidad internacional de Naciones aprobó como la ley N° 1 de 1989 la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. A partir de este hecho se inició la

incorporación de numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto del sistema universal de, Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de la Organización de Estados Americanos.

Fue esta convención la que estableció dos instituciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que serían los órganos encargados de velar por el respeto a las obligaciones emanados de dicho instrumento internacional por parte de los países signatarios.

En dicho proceso me correspondió participar directa y activamente al ser nombrado como el primer director general de derechos humanos dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo para fundamentar la necesidad de la ratificación de los instrumentos internacionales y trabajar con los organismos especializados en derechos humanos, tanto de la OEA como de la ONU.

Pero para que un país pueda ser sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana el Estado debe previamente reconocer expresamente la competencia de dicho organismo, tal como lo hizo el Paraguay siendo ello debidamente aprobado por ley del Congreso nacional.

Nuestra constitución vigente prevé dicha posibilidad en su art. 145 que dispone: “DEL ORDEN JURIDICO SUPRANACIONAL: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada cámara del Congreso”.

Como consecuencia de la ratificación e incorporación de nuevos instrumentos de derechos humanos, los que pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico por encima de la legislación interna positiva, conforme el orden de prelación de normas previsto en nuestra carta magna, el país asume compromisos internos e internacionales, para cuyo control usualmente cada convenio suele crear un organismo especializado para velar por su cumplimiento por los estados partes.

En el ámbito interno se deben cumplir con diversas obligaciones tanto administrativas, legislativas y judiciales. Así en el campo legislativo se debe iniciar un proceso de adecuación de la legislación interna a los convenios ratificados que se incorporaron al ordenamiento positivo.

En materia administrativa el Estado debe crear las condiciones de infraestructura y recursos humanos para la atención de las obligaciones emanadas de dichos instrumentos, como ser la elaboración de informes periódicos sobre las medidas tomadas para su efectiva aplicación, atención de consultas por organismos internos e internacionales, atención de denuncias contra el propio estado, capacitación de los actores, promoción y divulgación de instrumentos de derechos humanos, entre otras acciones que le corresponde llevar adelante al Poder Ejecutivo, en cuyo marco justamente se creo la Dirección General de Derechos Humanos como contraparte necesaria en los procesos citados.

En cuanto al campo que hace al Poder Judicial se trabajó en la capacitación de los magistrados para la debida comprensión del alcance de los instrumentos internacionales para que puedan recurrir a ellos y fundar sus sentencias en los casos que sean aplicables.

Si bien nuestro país forma parte de dos sistemas de protección internacional de derechos humanos, nos referimos al sistema universal de Naciones Unidas y al sistema regional de la Organización de Estados Americanos, en este caso continuaremos explayándonos sobre este ultimo que a nuestro criterio es más efectivo no solo por la proximidad y regionalidad, sino por el poder coercitivo que tienen las resoluciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pueden incluso ser ejecutadas dentro del propio país condenado como si fuera una sentencia emanada de nuestros tribunales, derivados de los procesos contenciosos que son sometidos a su consideración.

## **BREVE RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO**

En la misma Convención Americana como en los reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana se hallan previstos los procedimientos que debe seguir un particular que quiera acceder a los mecanismos de protección de derechos humanos previstos en el sistema interamericano.

Los particulares no pueden recurrir directamente a la Corte Interamericana, pues para ello deben recurrir previamente a la Comisión Interamericana, la que atenderá la denuncia, escuchará al afectado así como al Estado denunciado, y en caso de considerar admisible la denuncia por reunir los requisitos previstos en la Convención Americana y en los reglamentos de la Comisión, será ésta y no el particular, quien presentará la demanda contra el

Estado sometiendo los casos a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.

Los requisitos para la admisibilidad de las denuncias dirigidas a la Comisión se hallan enumerados en el artículo 46 de la convención o Pacto de San José. Sin ahondar en detalles podemos citar los siguientes: a) cumplir con las formas previstas en el reglamento de la misma Comisión; b) Agotamiento de los recursos internos: es decir que para su procedencia se deberán haber interpuesto y agotado previamente los recursos dentro de la jurisdicción interna del Estado denuncia, conforme los principios del derecho internacional generalmente aceptados. c) hacerlo dentro del plazo que es de dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la persona cuyos derechos han sido presuntamente lesionados ha sido notificada de la decisión definitiva que agota los recursos internos, sin embargo hay consideraciones especiales que la hacen viable sin necesidad de agotar en el sentido estricto.

Caso de no considerarse viable la denuncia presentada la Comisión archivará el caso quedando vedado al particular denunciante acceder por lo tanto a la jurisdicción contenciosa de la Corte.

Como un compromiso la comunidad de naciones americanas debe continuar con el afianzamiento del sistema de protección regional del cual formamos parte, y en el mismo sentido de la iniciativa de la Corte Interamericana de acercarse a los países que han aceptado su competencia, hemos propuesto en nuestro trabajo de tesis doctoral presentada en el año 1995, justamente la creación de "La Sub Comisión para el Cono Sur de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como medio más efectivo para su aplicación práctica en el ámbito americano". Así lo hemos expuesto considerando que la Comisión tiene su sede en Washington, pudiendo nuestro país ser la sede de éste órgano auxiliar por su posición geopolítica, para atender esta región de nuestro continente y hacerlo mas efectivo y accesible a todos los que formamos parte del sistema interamericano.

Ya el tratado del Mercosur ha incorporado una cláusula democrática que actúa como un mecanismo de exclusión de cualquiera de los países miembros que por alguna circunstancia se aparten de un sistema democrático de gobierno o de la manera de acceder al mismo, garantizando así procesos ajustados a los preceptos constitucionales y legales para evitar este tipo de sanciones con graves consecuencias tanto en el orden político y económico como en el ámbito nacional e internacional para el país que incurra en dichas circunstancias.

De la misma manera en la última cumbre llevada a cabo en Asunción en el mes de junio de 2005 el Paraguay ha propuesto una cláusula de derechos humanos, que con el mismo criterio permita excluir del Tratado de Asunción al país que viole de manera sistemática dichas garantías, lo que ha sido aceptado por los demás países miembros ratificando así su voluntad indeclinable de ampliar el área de influencia del Mercosur y avanzar también el campo de los derechos individuales, superando las cuestiones meramente arancelarias para ir trascendiendo como un sistema de integración regional.

Como vemos el proceso de creación de mecanismos de protección de los derechos humanos continúa evolucionando en la medida en que los gobiernos se comprometan con el respeto de las libertades individuales de los habitantes que habitan sus territorios y se consoliden los sistemas democráticos de gobierno de manera cada vez más efectiva.



## EL DERECHO ROMANO EN CRISIS

Por José Gaspar Gómez Fleytas (\*)

En las actuales circunstancias académicas en nuestra facultad, e incluso en el ámbito académico universitario del Paraguay, – puedo aseverar sin arriesgarme–, que el Derecho Romano como asignatura curricular, –se encuentra en crisis– ante una subvaloración conceptual, referente o, a su mera historicidad, o, a su caducidad para el nominado “derecho moderno”, y en consecuencia es manifiesta su ineficiencia para la formación de la vida profesional del abogado.

Ante ello, –lo que es preocupante por cierto–, he sacrificado la publicación de mi estudio relacionado a la entidad procesal sobre el Recurso de Casación, utilizado en nuestro país como “vademezum”, el libro del Prof. Dr. Fernando De la Rúa.

Es dable señalar que esta asignatura “la mal nombrada Derecho Romano”, se encuentra comprimida dentro de la estructura social del futuro profesional, por un lado, debido a la superficialidad historicista y “cuasi filosófica”, encarada por los docentes, culminando en los exámenes finales con el cansino procedimiento de los “métodos secundarios” de preguntas y respuestas; y por el otro, el encaramiento y conceptualización de un enfoque culturalista y humanístico, desarraigado por tanto de la praxis forense, que desvanece por

---

(\*) Catedrático de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Asunción; Universidad de Buenos Aires; Universidad de “El Salvador”; Profesor contratado en “Georgetown University”; Washington, D.C., Miembro del Instituto Internacional de Jurisconsultos de Roma; Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho Romano; Miembro de la Asociación de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina; Miembro del Instituto de Estudios Políticos de América Latina, Montevideo; Miembro del Instituto “American Bar Association”; Washington, D.C.

tanto la valoración real del Derecho Romano “romanizado” en las instituciones vigentes en materia civil (de fondo y de forma), que conforman nuestra estructura jurídica y judicial.

Ante esta alternativa, es obvio que se aprecie una involución y depreciación del Derecho Romano, como Derecho – Valor en la praxis jurídica.

Si se encara la prospectiva del Derecho Romano en la formación profesional, con una mentalidad encapsulada en un mero historicismo, no cabe duda que se pergeña el predominio de una mentalidad jurídica mediocre, porque valga esta expresión; sin la teoría, la práctica no es más que la rutina producida por la costumbre, y sin el conocimiento práctico, en esta materia, es evidente que el Derecho Romano no tiene mucho que ofrecer al futuro abogado en esa dura y sutil lucha por el Derecho, parafraseando al jurista alemán Von Ihering.

La facultad de Derecho sin el Derecho Romano actualizado y comparado con la legislación vigente dejaría de ser una facultad de Derecho. Y en consecuencia, el Derecho Romano sería aquel Derecho que alguna vez fue.

Debe asentarse y admitirse que el Derecho Romano se ha transfundido en nuestro Derecho Civil y Procesal Civil. Por eso, el Derecho Romano es vital y fundamental para la modernización de nuestra propia construcción jurídica, que aún tiene mucho que lograr en su desafío, para la solidez que el Derecho paraguayo, requiere tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público.

Estoy conforme con la expresión de mi amigo y colega el Prof. Dr. Luis Rodolfo Arguello, actual Decano de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Tucumán que, valora la importancia de este Derecho al manifestar “que si bien es cierto nos resulta necesario implementar una reforma en nuestros planes de estudio, ella debe darse sin que se involucre la eliminación del Derecho Romano, porque es elemento informador de casi todas las legislaciones vigentes en el actual momento histórico, incluso en la legislaciones germánicas y anglosajonas.

Sirva también esta expresión del Prof. Dr. Benjamín Stubrin, amigo personal, que fuera rector de la Universidad Nacional del Litoral que con palabras medidas y justas señala sin prólogo alguno que “el Derecho Romano es la escuela más sólida que tiene una facultad de Ciencias Jurídicas para la formación de auténticos jurisconsultos, jueces y abogados”.

Por lo que se viene exponiendo sucintamente, más que crisis del Derecho Romano existe una crisis metodológica docente por un lado y, profesional por el otro, una crisis cognoscitiva, y pese a todo ello, el Derecho Romano sigue superviviendo en el esquema de nuestra cultura latina. Se exhibe una apatía intelectual que lo percibe al Derecho Romano como aquel Derecho de “La Ciudad Antigua”. de Fustel de Coulanges. Aprecio que se deben dejar las anteojeras de las ideologías para comprender la vigencia de un Derecho Romano institucionalizado en el tiempo, en las normas romanizadas de nuestras leyes ordinarias de fondo y de forma.

Efectivamente el Derecho Romano histórico como tal “ha muerto”, pero el Derecho Romano institucionalizado en nuestras normas actuales, supervive satisfaciendo las necesidades jurídicas cambiantes de nuestra sociedad (Biondi, Biondo, *Universalità e perennità della giurisprudenza romana*, Milán, 1965, T. I., p. 446).

¿Cómo es posible que en nuestra facultad de Derecho, el Derecho Romano, tenga prevalencia jurídica y profesional, cuándo en nuestra biblioteca contamos con apenas 60 libros? Resulta imposible abreviar en sus riquezas jurídicas, para comprender la entidad romanizada de nuestro propio Derecho Ordinario, de fondo o de forma.

No pueden soslayarse de ninguna manera las profundas implicaciones en Alemania, cuando en ella, se ha producido el más valioso acontecimiento de todos los tiempos ante la recepción del Derecho Romano en la cultura jurídica germánica. Sobrada expresión jurídica e intelectual tiene el Derecho Alemán en Savigny, Ihering, Windscheid, Maynz, Koschaker, Teodoro Monnsen especializado en Derecho Penal y consagrado en su enjundiosa investigación sobre el Derecho Penal Romano, y tantos otros, del valioso pensamiento jurídico alemán en la investigación de las fuentes, y la sistematización científica del Derecho. El Código Civil alemán, el no menos famoso *Burgelisches Gesetzbuch*, acoge sustancialmente las grandes soluciones elaboradas ya en el Derecho Romano.

El Derecho Romano es el viejo tronco que deberá ser estudiado y conocido, por ser el antecedente indispensable del nuevo “bosque” iniciado con las ramas separadas de aquél complejo estamento del llamado “derecho moderno”. Con ello estoy expresando que, del mismo modo, el estudio del Derecho Romano es necesario como antecedente del derecho privado actual, sin soslayar al Derecho Procesal al decir del Prof. Carlos Cossio, aquel principio establecido en el Derecho Procesal Romano, en el Período Extraordinario,

que “aquel ciudadano romano que no tiene jueces, no tiene porqué depositar su fe en las normas”. Para el romano, “los jueces son mientras se comporten como jueces”.

Está demás decir que el Derecho Romano es de estudio obligatorio en Italia, pero cabe tomar conocimiento de que el Derecho Romano es de enseñanza obligatoria en veintiocho universidades de México, en cuatro universidades de Chile, una de Guatemala, y todas las de Panamá, Venezuela, Colombia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Perú, Bolivia y nuestro país. En la Argentina lo es solo dentro del área del Derecho Civil en la universidad de Buenos Aires, siendo optativa en las otras áreas, salvo algunas otras facultades privadas como las de las universidades “Austral” y de “El Salvador, y otras privadas y provinciales. En materia de estudio facultativo sólo en la universidad de Montevideo (Uruguay) y en la de Concepción (Chile); en síntesis: es de enseñanza obligatoria en setenta y siete universidades; es facultativa en dos; y ha sido incluida en Historia del Derecho en cinco universidades.

En el resto del mundo, no sólo se la enseña en los países latinos de Europa, como España, o Francia, sino en muchos otros de distinto origen como Holanda, Hungría, Checoslovaquia Grecia, Israel o Polonia.

En Gran Bretaña se estudia Derecho Romano como asignatura obligatoria en todas las universidades: en Oxford se lo estudia en toda la carrera, en Cambridge en los dos primeros años; en las demás universidades se lo enseña en un año, generalmente el primero, aunque en Aberystwyth, Manchester y Nottingham en el segundo.

En China, el Derecho Romano es obligatorio para los profesores o investigadores de derecho, y opcional para los demás alumnos.

En Polonia, el Derecho Romano se enseña en dos cursos y se caracteriza porque en el 60% es estrictamente práctico y de ejercicios académicos y en el otro 40% se desarrolla con exámenes de discernimiento aplicándose el método de selección múltiple.

En Rusia, incluso desde la época de la Unión Soviética hasta hoy en la llamada Federación Rusa el Derecho Romano es obligatorio en las universidades de Moscú, y otras importantes ciudades, existiendo incluso un Departamento de Estudios Romanísticos y Cultura Occidental.

Considero que con lo expuesto queda demostrada la importancia que el mundo actual concede a la enseñanza del Derecho Romano. Entonces surge el interrogante ¿por qué?; en otros términos: ¿en qué reside la importancia del Derecho Romano en la actualidad?.

El Derecho Romano mantiene su tradicional importancia en el plan de estudio de abogacía, porque es debido a que el conocimiento de la jurisprudencia romana –tanto la elaborada por los jurisconsultos, como la emanada de los magistrados, o del príncipe– contribuye a la formación del criterio jurídico del futuro abogado. Es decir que, hemos olvidado la verdad jurídica y la solvencia ética, practicada por los romanos: porque el Derecho Romano y el Derecho como tal es lógica, y al mismo tiempo analógica porque es el arte del justo. ¡Cuán distante de este principio se encuentran en nuestros días jueces y abogados en nuestros estrados judiciales!.

Se debe aceptar el principio de que el fin del derecho es alcanzar la justicia, y eso no es ciencia, sino arte. Es el arte precisamente que distinguió a los romanos, hecho que acepto la jurisprudencia germánica y anglosajona por más disímiles que fueren con el derecho latino.

El verdadero jurista no es aquel que solamente conoce leyes y doctrina; en verdad eso es necesario y es todo un presupuesto; pero no es todo: lo que se cuenta y a lo que se debe tender es a la formación continua y progresiva del sentido jurídico del hecho que se juzga o del derecho que se defiende.

En consecuencia, omitir el Derecho Romano como base de la enseñanza del Derecho Positivo es como sí, para remozar un edificio se omitiera tener en cuenta la estructura primitiva.

Nuestra actual estructura jurídica –sobre todo la del Derecho Civil– constituye la “modernización”, es decir la romanización de la construcción del propio Derecho Romano contemporáneo. Es decir que, la crisis del Derecho Romano actual en nuestro país, está en que tanto el estudiante como el profesional del derecho carecen del conocimiento de la infraestructura que ofrece el Derecho Romano y sobre la cual se apoya la actual estructura del derecho vigente.

Para concluir, se debe aclarar y puntualizar que no existen causas válidas que justifiquen la degradación de la enseñanza del Derecho Romano y, no se justifica por lo tanto, la actual crisis de su enseñanza en la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de nuestra Universidad Nacional de Asunción, y

porque no decirlo, también esta crisis se da en la estructura de nuestras otras facultades de Derecho.

Tengo la esperanza irreductible que nuestra facultad en breve tiempo cuente con un departamento de investigación y formación de Derecho Romano comparado, tanto para abogados como para magistrados, que podría ser por sus características uno de los más importantes Institutos de América Latina.

Las dificultades de hoy deben superarse de inmediato con la reprogramación curricular del Derecho Romano en la formación de los estudiantes con los conocimientos necesarios, debiendo realizarse previamente la formación de docentes, y en especial aquellos que se encuentran en ejercicio de la profesión y de la magistratura, por medio de una metodología didáctica que le permita conocer fundamentalmente el Derecho Civil en sus instituciones romanizadas.

Esta crisis actual del Derecho Romano, es necesaria aceptarla sin alabanzas exageradas, para emprender de una vez por todas, por lo menos algo concreto que pueda enaltecer al “pretendido” Derecho Civil Paraguayo, tan diferente a ese Derecho Civil Paraguayo, verdadero monumento jurídico elaborado por la ilustre figura del Prof. Dr. Luis De Gásperi, cuyo nombre ostenta hoy día el departamento de Derecho Civil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma.



## **MEDICIÓN DE LA PENA EN CASO DE VARIAS LESIONES DE LA LEY. ARTÍCULO 70 CÓDIGO PENAL**

**Por Oscar Rodríguez Kennedy (\*)**

### **OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS**

- Analizar el contenido del artículo mediante una profunda investigación del origen y de los antecedentes del mismo, para una correcta interpretación y aplicación en casos específicos.
- Elaborar casos específicos y aplicar dicha norma.
- Comprender la forma en que podamos utilizarla y estudiarla.
- Realizar una comparación mediante las legislaciones internacionales.

### **INTRODUCCIÓN**

#### **Artículo 70 Código Penal**

*“Medición de la pena en caso de varias lesiones de la ley”*

1º Cuando el mismo hecho punible transgrede varias disposiciones penales o la misma disposición penal varias veces o cuando varios hechos puni-

---

(\*) Abogado. Doctor en Derecho por la U.N.A. Director de Asistencia Legal para Personas de Escasos Recursos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.A. Profesor Titular de Derecho Penal I y II de la Facultad de Derecho U.N.A.

bles del mismo autor sean objeto de un procedimiento, el autor será condenado a una sola pena que será fijada en base a la disposición que prevea el marco penal más grave. Dicha pena no podrá ser inferior a la mínima prevista por los marcos penales de las otras disposiciones lesionadas.

*2° La pena será aumentada racionalmente, pudiendo alcanzar la mitad del límite legal máximo indicado en el inciso anterior. El aumento no excederá el límite previsto en los artículos 38 y 52.*

3° Cuando una de las disposiciones lesionadas prevea, obligatoria o facultativamente, una prohibición de conducir o una medida, el tribunal deberá ordenarla junto con la pena principal.

De esta manera, conociendo el contenido del artículo 70 podemos iniciar la investigación mediante el análisis del origen y de los antecedentes correspondientes a dicho artículo.

### **Teorías de la pena**

La pena es un castigo, una sanción. En el ámbito del derecho, la pena es una consecuencia jurídica derivada de un hecho antijurídico ocasionado por un ser humano.

Originariamente la pena era empleada en parte como una expresión de venganza personal o familiar, así como para aplacar el enojo de los dioses por la alteración del orden divino provocado por un hecho criminal.

La pena como expresión de castigo proveniente de la autoridad pública encuentra sus orígenes en el norte de Italia a fines de la edad media. Esta idea de pena está ya vinculada a la justicia y su correcta administración.

### **Justificación y naturaleza**

La pena como reacción estatal ante la violación de una norma penal no debe ser aceptada solo porque proviene del Estado, sino que debe estar justificada en cada caso.

Una de las justificaciones de la aplicación de penas es que resulta necesaria para mantener el orden jurídico y violentado, que es el que establece las pautas de convivencia entre las personas.

La pena es el instrumento que el Estado emplea para reafirmar de manera coactiva la vigencia del orden jurídico, con lo cual a su vez busca evitar el caos. Sin ella, las normas jurídicas se convertirían en meras recomendaciones sin fuerza.

Además de esta perspectiva social, se menciona que la pena cumple una función de expiación personal para el culpable, quien necesita de esta experiencia para liberarse de la carga que implica cargar con la comisión de un hecho punible.

En cuanto a la *naturaleza de la pena*, la misma es un juicio público de desvalor, con contenido ético social sobre una conducta humana. Es pública, porque se realiza por parte del Estado a través del poder público, Es un juicio de desvalor, ya que con la aplicación de la misma se está ubicando a la conducta en la vereda de enfrente de los valores que maneja un grupo social determinado. En pocas palabras, se considera el hecho como contrario a los valores. Finalmente es un juicio con contenido ético social, pues responde una concepción de lo que es correcto o incorrecto.

### **Las teorías absolutas o de la retribución**

Inicialmente la pena tenía un concepto retributivo cargado de emociones y de venganza personal. Era el mal por el mal, sin otra función. La *ley del talión* es un ejemplo de la utilización de la pena como instrumento retributivo. Hoy en día la retribución tiene totalmente otro cariz y es más bien un limitativo antes que un reactivo. El grado de culpabilidad del autor de hecho limita la gravedad de la pena (art. 2 C.P.).

### **Las teorías relativas o de prevención**

Los elementos de los que se nutren estas teorías son los de la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la sociedad.

El interés en la aplicación de la pena está en la re socialización del individuo y en la repercusión que tendrá la pena en la sociedad. Se pretende ofrecer a la sociedad una protección ante hechos que lesionen derechos reconocidos.

*La prevención es general* cuando busca tener efectos en toda la sociedad. A su vez, este tipo de prevención puede clasificarse en negativa o positiva. Será negativa cuando la aplicación de la pena genere tal temor en la socie-

dad que les haga retraer a los ciudadanos de cometer el delito. Será positiva cuándo el Estado logre, mediante la amenaza de su imposición, la reafirmación del orden jurídico.

Se había de prevención especial cuando la misma tiene como centro de su acción al individuo. La prevención especial será positiva cuando pretenda mediante la ejecución de la pena la re socialización del individuo, o, dicho en otros términos, la reinserción del mismo a la sociedad con una vida sin delinquir.

En cambio, cuando la pena solo pretende ocasionar un mal al individuo sin aportar ningún elemento que ambicione su re socialización, se estará en presencia de la *prevención especial negativa*.

### **La teoría de la unión**

Las teorías unitarias buscan un punto de equilibrio entre las absolutas y las relativas. Para esta escuela la aplicación practica de la pena puede permitir cumplir con todos los fines, sean estos intimidatorios o de re socialización, y el secreto esta en encontrar el punto de equilibrio.

Las medidas de seguridad son, junto con la pena, parte del catalogo de sanciones que ofrece el sistema de la doble vía. Es una alternativa de reacción que tiene el Estado ante la violación de una norma penal. Esta alternativa permite liberar a la pena de la función rehabilitante, con lo que debe renunciar necesariamente a su parte de retribución.

Las medidas cumplen más bien una función de mejoramiento y rehabilitación del sujeto que cometió un hecho antijurídico. La vigencia de las medidas de mejoramiento y seguridad es una expresión más que clara de la escuela de la prevención especial positiva.

### **Sistema de medición de penas**

El sistema de medición de penas en el nuevo Código Penal es muy distinto al del Código anterior, Por un lado, vemos que no existe un catalogo de agravantes ni atenuantes fijos, como se tenia en los artículos 30 y 31 del anterior Código Penal. Por otro lado, los criterios de medición también son distintos y vamos a empezar por lo más elemental que es el fundamento.

El art. 2do del Código Penal dice que el fundamento de la pena es la reprochabilidad, esto quiere decir que para poder aplicar una pena privativa de libertad o de multa, que son las penas principales, se tuvo que haber demostrado la reprochabilidad del autor, que esta establecida en la definición del art. 14.

Por otro lado la reprochabilidad es la medida de la pena, como dice el art. 2do, esto quiere decir que, para establecer que pena hay que aplicar a una persona, hay que medir su grado de reproche, cuan consciente es de que su conducta constituye un hecho antijurídico y cuan capaz es de no realizar ese hecho antijurídico. Cuanto más consciente es de la antijuricidad de su hecho y cuanto más posibilidad tiene de no realizarlo, es más reprochable, se acerca más al límite penal máximo.

La reprochabilidad es lo que determina el aumento o la disminución de la sanción.

### **Fases de la medición de la pena**

La primera parte en el proceso de medición legal se hace cuando en el tipo se determina el marco penal que tiene el juzgador para evaluar e intentar una fijación de la pena, es decir, la pena que le va corresponder a alguien. El legislador establece que en el homicidio, p.e., la pena es de cinco a quince años.

De igual forma, en la parte especial existen normas-sanciones que prevén la posibilidad de atenuar o agravar la sanción, según circunstancias distintas a las previstas en el tipo penal común. Un ejemplo de un agravante la constituye el art. 105 inc. 2, y una atenuante, el inc. 3 del mismo art.

Como fuera dicho anteriormente, a diferencia de lo establecía el Código Penal de 1910, en la actual ley de fondo las posibilidades de atenuación o agravación de la pena, se encuentran reguladas en los distintos tipos penales y no en la parte general.

La medición judicial por otro lado es la que realiza el juez o tribunal al momento de valorar la conducta reprochable, característica que permite definirla como una actividad individual y subjetiva del juzgador limitada por referentes objetivos. Estos referentes objetivos son los que se encuentran en el hecho que se analiza. Esta limitación impide que el juez haga juicios de valor respecto de la medición de la sanción que no estén apoyados en hechos.

La medición judicial empieza con:

1. *La tipificación*: en la que el juez tiene que determinar cuál es el tipo penal que realizó el autor. Esto se realiza más bien por una cuestión intuitiva que por una cuestión de conocimiento. Sabemos que si alguien mata a otra persona, su conducta tiene que estar en los hechos punibles contra la vida y a partir de ahí tratamos de ubicar en el art. 105 inc. 1º, en el 2º o en el 3º, según cuales son los elementos del tipo.

2. El segundo paso y el más importante de todos es la *determinación del marco penal*. Se debe determinar cual es el marco penal que se va a utilizar, lo cual requiere previamente de la determinación respecto de la aplicación de una pena o una medida. En el caso del art. 105 se determinara si se utilizará el marco normal de 5 a 15 años de pena del inc. 1º, el marco agravado del inc. 2º, que establece un aumento de hasta 25 años o, en otros casos, será un marco penal atenuado inc. 3º.

Como fuera dicho, esta es la parte más difícil en la determinación judicial de la pena, la de determinar cual va a ser el mínimo y cual va a ser el máximo de la pena o medida.

En un proceso, cuando el juez o el tribunal tienen la alternativa de pena privativa de libertad o multa, tiene que tomar la decisión de cual aplicará, eso es parte del proceso de determinación del marco penal. El juez o el tribunal en su sentencia deben fundamentar el por qué de la privación de libertad o de la multa, y solamente después se pasa a la etapa de la individualización de la pena. Esto es así porque los criterios para individualizar son diferentes, según sea una u otra.

Para los casos de pena privativa de libertad, el art. 65 establece las bases de medición, y para la multa los criterios son las condiciones personales y económicas del autor.

3. Y el tercer paso es la *individualización de la pena*, donde el punto referencial principal es la reprochabilidad, por ser este elemento el medidor de la sanción, según lo establece el art. 2, inc. 2º del Código Penal.

Lo que queda por establecer es si se aplicará una pena de seis, siete, ocho o quince años.

El art. 65 es el más importante en cuanto a la individualización y establece las bases de la medición. En su inc. 1º dice: *“la medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad”*.

El sustento de la aplicación de las penas es la prevención y la protección de la sociedad. Cuando el juez o tribunal dicta una sentencia condenatoria lo que debe tener en cuenta el art. 20 de C.N, en el mismo se establece que el fin de las penas es la protección de la sociedad y la readaptación del sujeto a una vida sin delinquir. El juzgador debe justificar por qué aplica la pena y fundamentar que esa condena que esta aplicando cumple con los principios de prevención general de protección a la sociedad, y en especial respecto del procesado o condenado para su reinserción.

En su inc. 2º el art. 65 dice: *“al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales a favor y en contra del autor y particularmente: ...”*.

La primera indicación es que se deben considerar todas las circunstancias que rodearon al hecho que se juzga, tanto las que favorecen la posición del autor como las que le desfavorecen.

A modo de indicativo el legislador refiere que deben considerarse de manera particular las siguientes circunstancias:

1. *“los móviles y los fines del autor”*: se debe analizar cuál fue la motivación del autor para la realización del tipo penal. En caso de que el móvil o fin del autor sea un elemento subjetivo adicional del tipo, ya no debe ser considerada esta circunstancia (prohibición de doble valoración).

2. *“la actitud frente al derecho”*: la actitud frente al derecho es el comportamiento que tiene el individuo frente al ordenamiento jurídico en general, ya sea el impositivo, disciplinario, etc. todo lo que tiene que ver con el ordenamiento jurídico, no solamente ante el penal.

3. *“la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho”* esto quiere decir de que cuanto mas obstáculos tuvo que vencer el autor para realizar el hecho criminal o tipo penal, mas reprochable es. Ejemplo: Roque deja la ventanilla de su automóvil baja lo que es aprovechado por Vivencio para tomar el celular que esta sobre el asiento. En este caso no hubo intensidad en la energía criminal. Ahora, si la ventanilla estaba cerrada y el

autor rompió el vidrio para tomar el celular la situación es distinta, existe mayor energía criminal. Así, cuando rompen la puerta, cuando matan primero al guardia del banco para luego asaltar, todo es más grave y el autor es más reprochable.

4. *“el grado de ilícito de la violación del deber de no ocultar o en caso de omisión, de actuar”* esto se refiere a circunstancias en las que el autor está en una posición de garante ante un bien jurídico. Hasta que punto es obligatorio para el autor no realizar la conducta en perjuicio del bien jurídico o, por el contrario, evitar que se produzca en resultado, con los casos de omisión impropia. Como se puede notar, no todos los numerales pueden ser aplicados en todos los casos, hay circunstancias que no van a aparecer en determinados casos.

5. *“la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho”* la utilización de la violencia, la especial perversidad en la realización del hecho, son formas de realización que agravarían la reprochabilidad. Entre las consecuencias reprochables del hecho se pueden citar como ejemplo un caso de asalto, en la que la víctima queda parálitica. Lo que debe tenerse en cuenta es que el resultado que se pretende imputar debió ser una consecuencia directa de la conducta del autor y no provenir de cualquier circunstancia.

6. *“la vida anterior del autor y sus condiciones, personales y económicas”*: este punto –el de la vida anterior es más cuestionado. Algunos autores sostienen que esta circunstancia sólo puede ser considerada en caso de que favorezca al autor, de lo contrario estaríamos en presencia de un derecho penal de autor.

Al sujeto se debe condenar porque cometió un hecho punible, porque lesionó un bien jurídico, no por lo que es ni por su conducta anterior.

En cuanto a las condiciones personales y económicas, tiene que ver también con los casos de multa y los de reparación del daño, porque el juez o Tribunal, cuando dictan sentencia condenatoria, deben establecer cuál es el monto de reparación del daño a cargo del condenado

7. *“la conducta posterior a la realización del hecho y en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima”*: esto también es cuestionable en el sentido de que este es un momento posterior a la realización del hecho. Lo ideal es que la medición de la pena se concentre

solo en el hecho mismo y no en lo que pase antes o después. En este sentido debe considerarse que la reparación no tiene vinculación con el hecho mismo, con la realización de la conducta, pues ocurre con posterioridad a ella.

Estas son las circunstancias que están descriptas en particular, calificadas fijamente como atenuantes o agravantes. El Tribunal decidirá en que caso la circunstancia beneficia o perjudica al autor en cuanto a la individualización de la pena.

### **Prohibición de doble valoración**

El inc. 3 dice: “*en la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal*”. Esto significa que cuando alguna de esas circunstancias ya esté prevista en el tipo legal, no será considerada.

En resumen, tenemos que el proceso general de determinación de la pena es como sigue:

1. *la tipificación del hecho*: establecer cuál es la conducta descrita en el tipo legal;

2. *determinación del marco penal que se va a emplear* y, por último;

3. *individualización concreta de la sanción*: una vez elegido el marco penal, queda por ubicar la sanción dentro de ese marco, por lo que todas las variantes admisibles en cuanto a sanciones deben ser tenidas en cuenta. Aún cuando la doctrina utilice la frase *marco penal*, en realidad es un marco de sanciones, porque existe posibilidad de aplicar penas o medidas y las medidas también tienen marco de aplicación. Así, hay medidas cuyo mínimo es un año y cuyo máximo es dos; otras consisten en la prohibición de ejercer la profesión hasta por diez años.

### **Modalidades para establecer el marco penal**

El tipo penal que menos problemas ofrece al momento de ejemplificar situaciones de aplicación sencillas es el que consta en el art. 105 inc. 1°. El marco penal de este precepto dice: “... *la pena será de cinco a quince años de privación de libertad*”. Como puede verse tenemos un mínimo y un máximo determinado.

La otra fórmula es la utilizada en el art. 124 que dice: *“el que privara a otro de su libertad será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa”*. Cuando el tipo penal utiliza esta frase, el mínimo de la pena privativa de libertad es de seis meses por imperio del art. 38, que establece la duración mínima y máxima de la pena privativa de libertad.

En el art. 319, por el contrario, aparece otra variante de redacción: en lugar de decir *“de hasta”*, donde no se especifica el mínimo, en cambio dice *“no será menor de ...”*, lo que implica que el mínimo está expresamente establecido dentro del tipo penal y no es seis meses, sino más. El art. 319 dice: *“el que con la intención de destruir total o parcialmente una comunidad... será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años”*: por consiguiente, lo único que sabemos es que el mínimo es de cinco años y necesitamos remitirnos al art. 38, donde se establece la duración máxima de la pena privativa de libertad, que es de 25 años. El marco penal es entonces de 5 a 25 años.

Otra fórmula para establecer el marco penal es el “ejemplo reglado”: este es un sistema de establecimiento de marco penal que utilizan los alemanes, en el cual se establece que la agravación o atenuación se va a dar según se den ciertas circunstancias que están redactadas en el tipo penal y dice en que casos la conducta va a merecer una agravación o atenuación. Ejemplo: art. 162, hurto agravado: *“cuando el autor hurtara. 1º del interior de una iglesia o de otro edificio o lugar cerrado dedicado al culto, una cosa destinada al ejercicio del mismo o a la veneración religiosa; 2º una cosa significativa para el arte, la ciencia, la historia o el desarrollo técnico, que se halle en una colección con acceso del público o que este públicamente expuesta;... etc. la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años”*. A estas modalidades se les dice ejemplos reglados y, como puede notarse, en el tipo penal se establece en qué casos va a agravar la sanción. Lo mismo ocurre cuando hay atenuación. Nuestro sistema penal introduce muchos casos de estos.

El art. 165, “hurto agravado en banda”: en su inciso primero refiere la conducta descrita en los arts. 162 y 164 numeral I al 3, cuando ésta es realizada por autor como miembro de una banda que se ha formado para la realización continuada de robos y hurtos. En este caso el tipo penal establece como sanción pena privativa de libertad de dos a diez años. En su inc. 2º dice: *“en casos leves, la pena privativa de libertad será de hasta cinco años”*, es decir, se reduce el marco penal. El máximo de diez años pasa a ser de cinco años y el mínimo de dos años pasa a ser de seis meses.

Pero, ¿cuáles son los casos leves? No es recomendable la utilización de frases como casos leves y casos graves porque el legislador no determina en qué circunstancias el juzgador dirá que un caso es leve o grave, convirtiéndose de esta manera en una tarea demasiado pesada para el juez. Lo que se critica es, pues, que el legislador no da un parámetro para que el juez pueda enmarcar un caso determinado en ese marco penal.

La recomendación del Tribunal Federal Constitucional Alemán al respecto dice: *“en los casos en que todo el hecho que tenga en su mayor proporción circunstancias atenuantes, será un caso leve y cuando en cambio tenga mayor proporción de agravantes se considera un caso grave”*. Esta es simplemente una recomendación y no aporta demasiado para decir cuales son los casos leves y cuales son los graves.

La técnica legislativa indica que la jurisprudencia debe ser la que determine en el transcurso de los fallos cuales son los casos leves en los casos de hurto, cuales son los graves en los asaltos, etc. La crítica de esta forma de legislar, como ya lo habíamos dicho es que genera una carga muy pesada para el juzgador. Éste esta legislando tácitamente.

La misma cosa ocurre cuando el código utiliza la frase: *“en casos especialmente graves”* como en el caso de la estafa prevista en el art. 187 inc 3°, en la cual aumenta el marco penal máximo de cinco hasta ocho años de pena privativa de libertad.

En esta figura particularmente, la jurisprudencia alemana cita como caso especialmente graves cuando, por ejemplo, la víctima queda en situación de indigencia o cuando el hecho de estafa afecta a un número muy grande de personas. Pero la jurisprudencia no permite con exactitud saber cuales son los casos especialmente graves.

Otra discusión es si el tema de los casos especialmente graves deberían resolverse en la reprochabilidad y no darle un aumento de la pena máxima sin definir cuales son las condiciones para ello. Lo recomendable sería que la agravación esté establecida directamente en el marco penal que se eligió o se establezca la gravedad según sea la reprochabilidad del autor.

Cuando el tipo penal no indica el mínimo o el máximo hay que remitirse al art. 38 que es el que los establece. Así, cuando el tipo penal no establece uno de los extremos y nos dice “no menor” sabremos que la duración máxima

de la pena privativa de libertad es de 25 años, cuando nos dice “de hasta” sabremos que la duración mínima es de 6 meses.

Cuando el tipo penal nos dice solamente “o multa”, nos debemos remitir al art. 52 que es el que establece el parámetro legal de la multa, el cual es de cinco “días-multa” como mínimo y de 370 “días-multa” como máximo. Ocurre lo mismo con el artículo 38, referentes a las penas privativas de libertad. Así mismo, también hay casos en que el tipo penal nos dice “de hasta” o “no menor” debemos remitirnos al art. 52.

La pena de multa es una pena principal, al igual que la pena privativa de libertad. Eso quiere decir que no pueden ser aplicadas conjuntamente, es una u otra, salvo la pena de multa complementaria.

La ley N° 1340/88, que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes contempla penas de privación de libertad y multa, lo que ocurre con muchas leyes especiales. Una primera cuestión a definir es si esa multa a la cual se refiere la ley especial es una multa administrativa o es una multa penal.

Ahora bien, ¿cómo se hace la medición de la pena, su individualización?

Hoy ya no tenemos el sistema anterior que consiste en partir del término medio y subir si hay agravantes o bajar si hay atenuantes, esto quiere decir que el sistema de medición está abierto. No hay ninguna norma que diga como tiene que medirse la pena.

Las posibilidades son las siguientes:

1) una alternativa es partir del medio (sistema utilizado anteriormente) e ir aumentando si hay agravantes y disminuyendo si hay atenuantes.

2) Se puede partir del mínimo e ir subiendo hasta el máximo si la mayor cantidad de circunstancias son agravantes.

3) Otra alternativa es que si la mayor cantidad de circunstancias en el hecho son atenuantes se parta del máximo.

Existen casos, como se señala en el art. 163 “Abigeato” que presentan un marco penal amplio. El caso concreto del abigeato cuenta con un marco penal que va de seis meses a diez años de pena privativa de libertad. Esta es una decisión política de tal forma a darle al tribunal la posibilidad de que en

los casos menores, en los cuales el autor presenta una reprochabilidad reducida se aplique una pena leve. Ejemplo: en el año 1997 hubo un caso en el que se le castigó a una persona a 8 años de pena privativa de libertad por robar un cerdo, lo que es absolutamente desproporcionado.

### **Determinación de la pena en casos de unidad y pluralidad de hechos punibles**

Son pocos los casos en la realidad que agotan o cumplen un solo tipo penal. La mayoría de las veces son varios, los tipos penales que son realizados en el hecho. A esta situación en términos generales se la denomina *concurso de delitos o de hechos punibles*, pues, como el término lo indica, concurren en un mismo caso varios tipos penales.

Esta figura o, mejor, la forma de interpretar el concurso están previstas en el art. 70 del Código Penal:

#### **“Art. 70. Medición de la pena en caso de varias lesiones de la ley**

1) *Cuando el mismo hecho punible transgreda varias disposiciones penales o la misma disposición penal varias veces o cuando varios hechos punibles del mismo autor sean objeto de un procedimiento, el autor será condenado a una sola pena, que será fijada en base a la disposición que prevea el marco penal mas grave. Dicha pena no podrá ser inferior a la mínima prevista por los marcos penales de las otras disposiciones lesionadas.*

2) *La pena será aumentada racionalmente, pudiendo alcanzar la mitad del límite legal máximo indicado en el inc. anterior. El aumento no excederá el límite previsto en los arts. 38 y 52.*

3) *Cuando una de las disposiciones lesionadas prevea, obligatoria o facultativamente, una prohibición de conducir o una medida, el tribunal deberá ordenarla junto con la pena principal’:*

a) Como puede notarse, el primer supuesto es el de unidad de hecho y pluralidad de tipos penales. En este caso, una sola conducta (acción u omisión) puede ser tipificada en más de un precepto penal. A esta figura se la denomina *concurso legal*.

b) *Unidad de acción y pluralidad de actos*: puede ocurrir que el autor o los autores tengan un fin determinado y, para llegar al mismo deben realizar más de un acto. Por pena prevista en los dos tipos penales) a 15 años de

privación de libertad. En consecuencia, lo que se hace es sumar a la pena máxima prevista la mitad de la misma.

Otro ejemplo: A comete lesión contra B y homicidio contra

C. El marco penal será de seis meses a veintidós años seis meses.

En ningún caso la pena máxima puede superar la máxima prevista en el artículo 38, es decir veinticinco años

### **Determinación de la pena en los casos de unidad y pluralidad de delitos**

Bajo la rúbrica “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, la Sección 2 del Capítulo II del Título III del Libro I (art. 73 y ss.) recoge una serie de reglas destinadas a determinar La pena en los casos de concurso de delitos y delito continuado, El tratamiento de estas figuras corresponde al estudio de la unidad y pluralidad de delitos, al que nos remitimos, asimismo, se incluye aquí una regla especial sobre el acceso a los beneficios penitenciarios en determinados casos de acumulación de delitos que tiende al cumplimiento efectivo de las penas establecidas en la sentencia.

#### **a) Los concursos ideal y medial de delitos (art. 77 C.P.)**

Como se pone de manifiesto al estudiar tales concursos de delitos, en los casos en que un solo hecho constituye dos o más infracciones (concurso ideal) o si una de ellas es medio necesario para cometer la otra (concurso medial), el art. 77 obliga a imponer la pena del de mayor gravedad en su mitad superior.

Esta primera regla se conoce como principio de asperación o exasperación y se acompaña de una segunda por la que no puede imponerse una pena superior a la que corresponderla penando separadamente las infracciones: de superarse este límite, deberán sancionarse por separado (art. 77, 2 y 3), lo que constituye una regla de acumulación que opera de manera subsidiaria respecto a la anterior.

Veamos ahora los problemas que plantea esta regulación:

1) Para proceder a la asperación de la pena debe partirse de la correspondiente a la infracción “más grave”, lo que requiere comparar las distintas penas individuales que corresponden a las infracciones en presencia. Ésta

una comparación que debe llevarse a cabo en el plano concreto y no sólo a partir de los marcos penales que correspondan a cada tipo en abstracto; sin embargo, el planteamiento concreto no significa que para comparar las penas individuales deban determinarse hasta el final, considerando incluso las circunstancias atenuantes y agravantes. Téngase en cuenta que con la comparación de las penas individuales debemos obtener una pena (la de mayor gravedad) que se conoce como pena disponible y que deberemos aplicar en su mitad superior para cumplir con el art. 77, lo que apunta a la necesidad de contar, con esta fase, con un marco penal completo. Ello significa, en otras palabras, que las penas individuales deben determinarse sólo en lo que conocemos como determinación cualitativa de la pena (atendiendo a las formas imperfectas de ejecución, participación, etc.). Obtenida la pena disponible, se acudirá a su mitad superior, marco sobre el que operarán las circunstancias modificativas.

Para comparar las penas disponibles cuando son heterogéneas (por ej.: una pena de prisión y una de inhabilitación absoluta) puede acudirse a la gradación establecida en el art. 33.

2) Subsidiariamente, el art. 77 obliga a penar separadamente las infracciones en los casos de concurso ideal o medial en que la asperación resulte perjudicial. Para saber si resulta perjudicial no queda más remedio que comparar el resultado de la asperación con el que produciría la acumulación de las penas individuales; por tanto deberá comprobarse el efecto de tal acumulación, lo que en este caso debe hacerse determinando completamente (también con las circunstancias modificativas) cada una de las penas imponibles. El endiablado proceso que todo ello comporta, concluye con la opción que más beneficiosa resulte: o la pena más grave en su mitad superior, o la punición separada de las infracciones acumulando sus penas, si bien esta última acumulación se encuentra limitada por los topes del art. 76, aunque no se desprenda del tenor literal del art. 77: lo impone la necesidad de que el concurso ideal no resulte más gravemente tratado que el concurso real.

La redacción del art. 77, al referirse al concurso de “infracciones”, ha venido a resolver una vieja polémica sobre la aplicabilidad de estas reglas al concurso entre delitos y faltas o entre faltas (puesto que el Código Penal anterior se refería solo a los “delitos”). Aunque la jurisprudencia se inclinaba por excluir en tales casos las reglas del antiguo art. 71, ahora 77), procediendo simplemente a la acumulación de las penas, la doctrina apoyaba la aplicación de estas reglas, recordando que si se admite el trato más benigno en el concurso ideal de delitos, no hay razones materiales para excluirlo en las

faltas. Lo que ocurre es que, aplicando en tales casos el art. 77, debe tenerse en cuenta también que se han de penar separadamente las infracciones si ello resulta más beneficioso, con lo que, en muchos casos, se llegará de todas formas a la punición separad –y acumulada– de las infracciones.

### **b) El concurso real de delitos: los Arts. 75 y 76**

La pluralidad de hechos y delitos (llamado. concurso real de delitos, aplicable también a la faltas) se resuelve con la técnica de la acumulación de las penas aplicables. Sin embargo, en dicha acumulación se aprecian dos momentos que suelen denominarse acumulación material y acumulación jurídica. La acumulación material supone el cumplimiento simultáneo o sucesivo de todas las penas resultantes (art. 75), pero se encuentra limitado por la acumulación jurídica del art. 76, que supone el establecimiento de unos topes de gravedad a la acumulación material: el total a cumplir no puede superar el triple del tiempo de la pena más grave ni, en principio, los veinticinco años; este último tope se amplía a los veinticinco o treinta años en función de los delitos que se hayan acumulado según lo dispuesto en el art. 76,1.

Esta limitación se discute en ocasiones, con el argumento de que puede favorecer la “delincuencia al por mayor” (una vez cometidos delitos que supongan treinta años de cárcel, los restantes carecen de pena en la práctica), pero tiene su razón de ser en que, de lo contrario, podría llegarse a penas que no están previstas en el código, como la cadena perpetua y , en todo caso, una duración desorbitada de las penas sería contraria a la orientación a la reinserción social que se contiene en el art. 25,2 C.E.

Volviendo a la acumulación material, las penas deben cumplirse simultáneamente si es posible y, en caso contrario, de manera sucesiva (art. 75 C.P.). El cumplimiento simultáneo es posible cuando las penas no se vacían de contenido al cumplirse al mismo tiempo (por ej.: una pena de prisión y una multa); en cambio, no pueden cumplirse al mismo tiempo dos penas de prisión. El art. 73 apunta a la naturaleza y efectos de las penas para decidir la posibilidad de cumplimiento simultáneo; en principio pueden cumplirse simultáneamente una pena de prisión y una privativa de derechos, puesto que el propio Código Penal asigna a algunas de éstas carácter accesorio a la pena de prisión en determinados casos.

Cuando el cumplimiento simultáneo no sea posible, deberán cumplirse una detrás de otra (sucesivamente), siguiendo el orden de su respectiva gravedad, para lo que deberá acudir a la gradación del 33.

### **c) El delito continuado y el delito masa**

El art. 74 utiliza una técnica por la que no se distingue claramente la determinación de la pena en el delito continuado y en el delito masa, lo que provoca complicados problemas interpretativos, pese a que el nuevo código ha separado en dos párrafos lo que antes eran incisos de un mismo párrafo.

Aunque se trate de figuras evidentemente próximas, al estudiar su contenido puede apreciarse cómo han nacido con propósitos distintos: en el delito continuado se pretende evitar las penas excesivamente graves que se derivarían de la acumulación de las penas— y por tanto, es una figura que pretende beneficiar—, mientras que en el delito masa se pretende evitar que los límites de la acumulación beneficien al autor de conductas de especial gravedad por afectar a una pluralidad de personas, y por tanto, es una figura agravatoria.

Pese a ello, el art. 74 establece unas reglas de determinación de la pena encadenadas entre sí, con una referencia a las infracciones patrimoniales que provoca problemas diferenciados en el delito continuado y en el delito masa.

Reglas que pueden sistematizarse de la siguiente forma:

1°. En el delito o falta continuados, se aplica la pena de la infracción más grave en su mitad superior (art. 74,1).

2°. En las infracciones patrimoniales se impondrá la pena “teniendo en cuenta el perjuicio total causado”. En dichas infracciones se “impondrá” la pena superior en uno o dos grados, si se trata de lo que conocemos como delito masa (art. 74,2). Pese a que este párrafo se ha independizado del anterior (con el que estaba refundido en el antiguo código), tal separación no parece suficiente como para entender que la referencia a las infracciones patrimoniales no es válida para el delito continuado.

Varios son los problemas a destacar, de entre los muchos que plantea esta regulación. En primer lugar, establecer cuál es la pena más grave en el delito continuado (regla 1°) puede resultar difícil en muchos de los casos que provocaron la creación jurisprudencial de esta figura: aquellos en que no pueden probarse todas y cada una de las infracciones —lo que la jurisprudencia denominaba “indeterminación procesal de las infracciones”— porque habrá que conocer todas las en presencia para compararlas; con la actual regulación parece claro que sólo podrán tomarse en consideración las infracciones probadas.

En segundo lugar, la especialidad de las infracciones patrimoniales (regla 2º) se considera aplicable por la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado (Circular 2.12.1988) tanto al delito continuado como al delito masa, sin que, como se ha dicho, la separación en dos párrafos parezca suficiente como para evitarlo. El problema que se plantea en relación al delito continuado es lo que se conoce como “salto de tipo” y consiste en que varias infracciones de menor entidad pueden convertirse en una más grave por la suma de sus respectivos perjuicios.

Ejemplo: la empleada de hogar que comete diez hurtos de 25.000 pesetas cada uno llevaría a cabo diez faltas con diez penas de arresto de fin de semana o multa (art. 623), si no se aplicará el art. 74, y teniendo en cuenta el límite del triple de la pena más grave (art. 76), la pena de arresto no podría superar los dieciocho fines de semana. En cambio, si se tiene en cuenta el perjuicio total causado (art. 74,2), y siendo éste de 250.000 pesetas, debe estimarse un delito continuado de hurto (art. 234), castigado con prisión de seis a dieciocho meses, que con arreglo al art. 74,1 debe aplicarse en su mitad superior.

La conversión de las faltas en el delito no puede evitarse aquí en base al art. 638 –que obliga a ceñirse a los límites de las faltas– porque el art. 74 se refiere expresamente al responsable de un “delito o falta continuados”, pero, por otra parte, esa mención a la continuidad de las faltas resultantes prácticamente inaplicable si se acumulan los perjuicios, porque casi siempre darán como resultado la aplicación del delito. Por ello la doctrina más moderna se inclina por aplicar I regla sobre el perjuicio patrimonial sólo al delito masa.

Llegados al delito masa (regla 2º), la pena también deberá establecerse en base al perjuicio total causado y llevarse, obligatoriamente, a la pena superior en uno o dos grados, en la extensión en que se estime conveniente, es decir, la agravación es *obligatoria, pero se deja el arbitrio subir un grado o dos y, asimismo, la extensión concreta de la pena dentro del grado elegido.*

*La suma de perjuicios patrimoniales provoca aquí los mismos problemas de cambio de tipo que en delito continuado: por ejemplo, quien vende botellas de agua coloreada como si fuera un producto farmacéutico asegurando sus facultades medicinales a miles de personas y obtiene de cada una de ellas 3000 pesetas, cometería múltiples faltas de estafa (art. 623,4) –que, en relación a la pena de arresto de fin de semana que tienen señalada, no podrían superar su triple, esto es, dieciocho fines de semana–, pero que se convierten en un delito masa en aplicación del art. 74, al que corresponde una pena de*

prisión de seis meses a cuatro años (arts. 248 y 249), aplicada en su mitad superior.

En el delito masa, estos efectos pueden considerarse más justificados que en el delito continuado, por que lo que ahora contempla el art. 74 son casos de “notoria gravedad” y porque la finalidad del delito masa consiste, precisamente, en evitar los límites de la acumulación de penas. Por otra parte, mientras que en el caso anterior el código menciona la posibilidad de la “falta continuada”, no existe mención alguna a la “falta masa”.

En todo caso, la discutida regla del perjuicio patrimonial total parece inspirada en el ya derogado sistema de regulación de delitos patrimoniales según sus diferentes cuantías, que tras la reforma de 1983 sólo se mantiene para diferenciar el delito de la falta y provoca problemas de difícil solución: por ejemplo, cuando algunas de las infracciones no han sido consumadas y, por tanto, no han provocado “perjuicio”, no podrán ser computadas a los efectos de establecer la total gravedad de los hechos.

#### **d) El cumplimiento efectivo de la pena en casos de acumulación de delitos**

El artículo 78 contiene una disposición hasta ahora desconocida en nuestro Derecho, con la que se pretende que los jueces y tribunales puedan, en la sentencia, establecer un régimen de acceso a los beneficios penitenciarios para determinados sujetos, en caso de acumulación de delitos, distinto del aplicable con carácter general. Dicho régimen de acceso a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional se orienta al cumplimiento efectivo de la pena, mal llamado íntegro, puesto que íntegro sería solamente aquel que supusiera cumplir todas las penas impuestas, sin los límites del art. 76, incluso aunque rebasaran la normal esperanza de vida y conllevarán la pena de cadena perpetua.

La regla del art. 78 tiene como presupuesto una acumulación de penas en el concurso de delitos en la que los límites de cumplimiento de los artículos anteriores (20, 25 ó 30 años) conduce a cumplir una pena “inferior a la mitad de la suma total de las impuestas”: por ejemplo, lo condena a 100 años de prisión, de los que sólo deban cumplirse 30 años.

En tales casos podrá acordarse motivadamente que el cómputo del tiempo cumplido para los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se lleve a cabo a partir de la pena total impuesta, en lugar de hacerlo sobre el

límite de cumplimiento resultante. En nuestro ejemplo, el condenado deberá ser excarcelado a los 30 años, pero sin poder acceder a la libertad condicional, puesto que solo podría concedérsele la misma tras setenta y cinco años de prisión (tres cuartas partes de los cien años totales. Vid. Art. 90,1).

Para poder establecer en la sentencia este régimen especial de acceso a los beneficios (que puede provocar la privación de los mismos), deberá atenderse la peligrosidad criminal del penado y su situación podrá ser revisada por el juez de vigilancia, regresando al régimen normal de cumplimiento (con cómputos a partir de la pena límite de 20, 25 ó 30 años), si lo aconsejan las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento y el pronóstico de reinserción social.

La primera observación a formular es que resultaría inconstitucional una lectura del artículo que condujera al auténtico cumplimiento íntegro y, por tanto, a la cadena perpetua, sobre la base de considerar este proyecto como regla especial respecto al régimen general de cumplimiento. La cadena perpetua no solo no está prevista como pena, sino que es esencialmente contraria a la orientación constitucional de las penas a la reinserción social.

Por otra parte, tras la supresión del beneficio de la redención de penas por el trabajo, no está clara la existencia de otros beneficios penitenciarios basados en cómputos del tiempo de cumplimiento, puesto que la LOGP no establece un concepto equívoco de beneficio penitenciario; de esta forma, la referencia del art. 78 CP a los beneficios parece vacía de contenido. Sin embargo, no resulta imposible entender como beneficios penitenciarios otras instituciones que, sin acortar el cumplimiento, mitigan la dureza del mismo y que dependen igualmente de cómputos sobre el tiempo cumplido (por ejemplo, concesión de permisos de hasta siete días en el art. 47,2 LOGP o el propio adelantamiento de la libertad condicional que permite el art. 91 CP.). la eliminación de tales “beneficios”, al hacerlos inaccesibles en la práctica mediante el sistema especial del art. 78, proporcionaría una considerable dureza al régimen penitenciario y supondría la eliminación de facto de instituciones basadas en la orientación a la reinserción, al que la libertad condicional.

La utilización del criterio de la “peligrosidad criminal” –concepto hasta ahora extraño del sistema de penas– supone que en la sentencia se pronostica que el sujeto cometerá delitos en el futuro, y en base a ello, cuando se le envía a la cárcel para cumplir una pena que teóricamente debería reeducarle y evitar esos futuros delitos, se le priva a priori de medidas beneficiosas, aun

permitiendo su revisión posterior por el juez de vigilancia. El problema constitucional que subsiste es si un pronóstico de futuro como la peligrosidad criminal es suficiente como para proporcionar fundamento razonable al tratamiento desigual del condenado, ya en la sentencia y antes de conocer su evolución futura durante la ejecución de la pena.

Por otra parte, la remisión de la decisión final al juez de vigilancia deja en la indemnización el régimen de cumplimiento y puede permitir considerables cuotas de inseguridad jurídica. En todo caso, la referencia a la evolución del tratamiento penitenciario, dado el carácter voluntario con que se concibe en la LOGP, no puede conducir a la exigencia de sumisión al mismo.

## **UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS Y DELITOS PLANTEO Y EXTENSIÓN DEL PROBLEMA**

### **El problema**

Por razones de método, es lo habitual exponer la teoría jurídica del delito tomando como objeto la manifestación más sencilla y frecuente del hecho punible, es decir, el hecho consumado de un solo autor, que se adecua directamente a una sola figura legal. El problema que ahora nos ocupa, tradicionalmente titulado unidad y pluralidad de delitos, incluye el estudio del concurso ideal, el concurso material y la continuidad.

Señala Bernardino Alimena que si se examina la relación que existe entre la acción y la lesión jurídica; se verán cómo pueden formularse 4 hipótesis:

- a) una acción que cause una sola lesión jurídica.
- b) varias acciones que causen una sola lesión jurídica.
- c) una acción que origine varias lesiones jurídicas.
- d) varias acciones que ocasionen varias lesiones jurídicas.

Ese sigue siendo el esquema inicial del problema. Descartado el primer caso (una acción y una lesión jurídica); que no presenta problemas de los que aquí se tratan, los otros 3 constituyen, en el orden expuesto, el delito continuado, el concurso ideal; y el concurso real, que son la materia con la que se llena este capítulo del Derecho Penal.

Es oportuno señalar, desde ese deslinde inicial la necesidad de que se trate de figuras delictivas que no se excluyan entre sí, ya que la hipótesis contraria constituye un problema de adecuación excluyente, del que nos hemos ocupado al asignar su lugar al llamado concurso de leyes penal. Ciertamente es que el mejor conocimiento que hoy se tiene del concurso de leyes ha reducido en cantidad el número de casos que antes se los creyó comprendidos dentro del concurso ideal, pero éste mantiene aún su contenido propio.

*“Algunos autores piensan que sólo debe aclararse aquí cuando existe un hecho y cuando una pluralidad de hechos o de acciones; en qué se debe reconocer una unidad de hecho y cómo una pluralidad de hechos; y que las demás son cuestiones sobre la aplicación de la pena; que, sistemáticamente, pertenecen a la teoría de la pena.*

*En la Argentina, R. C. Núñez cree que lo que atañe a las consecuencias del concurso debe ser tratado en la teoría de la pena. Dedicó atención al estudio del concurso ideal y al delito continuado bajo el subtítulo de “Unidad y pluralidad de la imputación delictiva”, y se ocupa del concurso material dentro del título de “Modificación de la pena” capítulo III, Unificación de la pena (D. P. argentino, t. II)*

*El sistema se aparta de una exposición estrictamente dogmática, puesto que la ley determina la unificación de la pena en el art. 58, también, para los casos de reincidencia. Más lo principal es que no se trata únicamente de unificar la pena, sino de “limitarla”, en virtud de lo dispuesto en el art. 55, correspondiente al título “concurso de delitos”, puesto que sin esa norma la acumulación sería matemática, acumulándolos sin límites”.*

Sin duda el problema del concurso se resuelve, en definitiva, por la determinación de la pena aplicable, pero ese resultado no se deduce de la teoría de la pena, sino del sistema legal adoptado para sancionar el concurso de delitos. Más de un texto legal acumula las penas para el concurso ideal y para el delito continuado o aumenta el máximo de la pena mayor, y eso nunca podría deducirse de la teoría de la pena, sino de la regulación legal del concurso.

## **Principios**

El objeto de este estudio es llegar a determinar cuándo estamos ante varios delitos y cuándo no, de manera de dar cumplida aplicación al principio que constituye la base, no solamente de la teoría del concurso, sino de todo el

sistema represivo en un Derecho Penal de garantía: *“Debe aplicarse una pena a quienes hayan cumplido una conducta prevista de antemano por la ley penal, y solamente a ellas”*.

Son pues 3 premisas:

- 1) No hay pena sin delito
- 2) Todo delito debe ser penado
- 3) Un delito debe ser penado una vez, varios delitos varias veces

Suele invocarse aquí como fundamento el principio “non bis in idem”, pero lo que aquí se trata de evitar no es que no se castigue a alguien dos veces por el delito que cometió, sino que se lo condene por dos delitos cuando solo ha cometido uno; que se constituya en pluralidad delictiva lo que es solamente unidad delictiva.

“La finalidad es muy semejante a la que guía la solución del concurso de leyes. Así por ejemplo: en el caso del rapto del art. 130 C. P. Se presenta un concurso de leyes con la privación de libertad del art. 141. si se aplicaran al autor las penas de ambas figuras no se lo condenaría dos veces por que el mismo raptó, o por la privación de libertad. Lo mismo ocurre con la violación y el contagio venéreo como casos de concurso ideal; no se condenaría al autor dos veces por la violación o por el contagio venéreo, sino una vez por la violación y otra por el contagio venéreo. Idéntica reflexión permite cualquier ejemplo del delito continuado, porque lo que se persigue evitar no es el doble juzgamiento por un mismo delito, sino el juzgamiento por varios delitos cuando sólo uno ha sido cometido.

### **Sistemas para determinar la penalidad**

El 3º aspecto que debe ser considerado aquí, con carácter general, es el que encara el modo de resolver la última etapa del problema, que es la que se refiere a la determinación de la pena. Según cual sea el criterio que inspire al legislador y que se traduzca en el modo de regular la solución de los distintos casos, las consecuencias pueden ser diferentes y constituir un índice de mayor o menor severidad de la ley. Sería un error suponer que los sistemas conocidos para determinar la pena que debe aplicarse se corresponden exacta e indefectiblemente con los casos que presenta el estudio de la unidad y pluralidad de hechos y delitos.

*“En el Derecho comparado se muestra claramente que no faltan los textos legales en los que la pena es la misma para el concurso ideal y para el concurso material, y abundan los que, no obstante considerar el delito continuado y el concurso ideal como unidad jurídica, le fijan pena mayor que el delito único. No es, pues, pues del todo exacto identificar la idea de acumulación con la de concurso material y la de absorción con la del concurso ideal y delito continuado— aunque esto resulte cierto para un buen número de textos legales, entre los que se cuenta el argentino— pues en la comparación es posible ver toda clase de variantes.*

La doctrina distingue 3 sistemas para resolver el problema de la penalidad que nos ocupa:

1) **Absorción**: Este sistema, como su nombre lo indica, en su modalidad pura consiste en aplicar “únicamente la pena mayor”, que absorbe a las demás, pudiendo estas últimas ser tomadas en cuenta para agravar la pena, pero siempre dentro de la escala penal dispuesta para la única disposición que se aplica. Por cierto que la agravación de la pena dentro de los límites legales fijados para un delito, no necesita ser autorizada de modo expreso por la ley, ya que el juez en todos los casos, se mueve libremente dentro de ellos. De modo que la consecuencia de adoptar este sistema se traduce en la limitación de la penalidad a esa escala.

2) **Acumulación material o matemática**: Esta solución consiste en “sumar las penas” correspondiente y aplicarlas conjuntamente. Los resultados son los mismos a que se llegaría si la ley no contuviera disposición alguna para el concurso real o material de delitos.

*“El sistema presenta el inconveniente de que no siempre es posible hacerlo efectivo en práctica; piénsese en el caso de dos o más delitos sancionados con pena de muerte, en las legislaciones que admitan la pena capital, lo que correspondería con este sistema es condenar a dos o más penas de muerte. El ejemplo no es puramente académico. Una consideración análoga puede hacerse respecto a las penas perpetuas o de larga duración, cuya suma puede exceder fácilmente al término medio de años de vida de un hombre. Así, por ej.: con el sistema de la acumulación material prevista en el art. 74 del C. Penal chileno, se condenó por los tribunales de Santiago a 82 años de prisión a un hombre que contaba a la sazón 30 años de edad. (Causa José Roberto Rubio, fallada el 17 de julio de 1963). El 26 de abril de 1962 conmovió la opinión pública la fuga de J. F. Rosa (a) “El Rey de la 45”, quien estaba cumpliendo en la cárcel de Río de Janeiro una condena de 110 años de*

*reclusión, por aplicación de lo dispuesto en el art. 51 del C. P. Brasileiro, que adopta, también, el sistema de la acumulación material.*

3) **Acumulación jurídica:** Las observaciones formuladas a la acumulación matemática, han llevado a dar preferencia al sistema más racional de la denominada acumulación jurídica, consistente en “sumar las penas” pero fijado un límite máximo prudencial, del cual no puede exceder el juzgador. Este sistema adoptado por el código argentino para el concurso material art. 55, como en su lugar veremos.

El modo de determinar los límites de la pena no es siempre el mismo y suelen adoptarse modalidades más o menos simples o complicadas. Modelo de sencillez lo constituye el código argentino, que se concreta a declarar: “sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate (art. 55 in fine)

### **Concurso ideal o formal**

Existe concurso ideal cuando un hecho concreta dos o más figuras penales que no se excluyen entre sí. La apariencia de multiplicidad delictiva que ofrece el concurso ideal se debe a que el autor ha incurrido en la violación de varias disposiciones penales, mereciendo por esto más de una calificación delictuosa. Pero, a esa aparente pluralidad, corresponde una unidad real de la delincuencia atribuible al mismo. Es decir, que lo plural es la adecuación típica, más no la conducta punible.

### **Diferenciación de otros institutos jurídico-penales**

Puestos en la tarea de diferenciar el concurso ideal de otros institutos jurídicos en los que entran en consideración la pluralidad de hechos o la pluralidad de adecuación típica, debemos distinguirlo de:

a) *El llamado concurso de leyes o concurso de figuras.*

Lo esencial aquí es que en el concurso ideal los tipos penales no se excluyen entre sí, en tanto que en el concurso de figuras se excluyen, se reemplazan, ceden el uno contra el otro u otros. *La consecuencia* es que, mientras en el concurso ideal se selecciona la pena por su gravedad, en el concurso de figuras se aplica la correspondiente al tipo con mayor número de requisitos o al remanente. En el concurso de leyes lo que priva es *decidir la adecuación*, la prevalencia de una figura con respecto a otra u otras, sin tomar en cuenta la

mayor o menor severidad de las penas, en tanto que en el concurso ideal lo que se debe decidir es, precisamente, *cuál es la pena aplicable en la concurrencia de figuras*.

b) El concurso material supone varios hechos independientes, constitutivos cada uno de ellos de un delito; no se trata de un hecho con adecuación múltiple, como en el concurso ideal, sino de varios hechos, cada uno con su antijuricidad, su culpabilidad y adecuación típica.

c) El delito continuado, supone, también, una pluralidad de hechos, todos y cada uno de ellos con la totalidad de las características del delito, pero dependientes entre sí, sea por el elemento subjetivo, sea por circunstancias objetivas, según cuál sea el criterio que se adopte.

### **Tesis de la unidad y tesis de la pluralidad de delitos**

Al exponerse la construcción teórica, a los fines de decidir la naturaleza jurídica del concurso ideal, se han desenvuelto dos concepciones contrapuestas: la teoría de la unidad de delito, y la tesis de la pluralidad.

a) *Tesis de la Unidad*: la primera de las teorías enunciadas, afirma que, no obstante la lesión de varias leyes penales, existe un solo delito. En realidad, la expresión, concurso ideal, denota por sí misma, la inexistencia de una verdadera pluralidad de delitos, e indica que, aun cuando se han concretado varias figuras, sólo se ha cometido un delito.

b) *Tesis de la Pluralidad*: Para la tesis de la pluralidad, la lesión de varios tipos penales significa la existencia de varios delitos. El hecho de que en el concurso ideal tan solo exista una acción, resulta sin significado para esta doctrina. La idea de que el doble encuadramiento supone pluralidad delictiva, tiene ensamblamiento con la teoría de las normas formulada por Binding, puesto que la adecuación de una conducta a varias figuras que no se excluyen entre sí, constituye, también, violación de varias normas.

c) *La tesis preferible*: La tesis de la pluralidad de delitos en las situaciones de concurso ideal no resiste en análisis encarado con el criterio integral que resulta de la estructura del delito, Su punto de vista "jurídico-normativo" olvida que la diversidad de los tipos considerados en el concurso ideal, únicamente puede conducir a una pluralidad valorativa del mismo proceso constitutivo de los tipos, no a una descomposición de ese proceso en distintas acciones.

La teoría que ve en los casos de concurso ideal un delito único es, pues, a nuestro ver, la concepción correcta. La consideración de que el delito es acción, entendida ésta en sentido realista— como proceso real en el mundo exterior— ya sólo permite reconocer un delito, aunque ella— la acción— pueda ser objeto de una pluralidad de valoraciones por parte del derecho. La idea se torna más simple y se clarifica si se parte de la base de la unidad de hecho.

### **La penalidad**

El código argentino adopta para el concurso ideal, a los fines de decidir cuál es la pena a aplicar, el sistema de absorción. La ley resuelve la cuestión diciendo: *cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor (art. 54)*. Se trata de la pena mayor y no de *la más grave*, distinción que se hace claramente en el art. 56 para determinar el modo de fijar los límites de pena en los casos de concurso material de delitos reprimidos con penas de distinta naturaleza, lo que corresponde es la aplicación de *la pena de mayor duración*.

## **DERECHO COMPARADO**

### **Legislación española**

#### **El proceso de determinación de la pena**

Para la imposición de una pena determinada por la comisión de una infracción penal es necesario llevar a cabo un procedimiento de concreción de la misma. En nuestro derecho dicha concreción se establece en distintas fases concediendo en primer lugar el protagonismo a la ley y otorgando en segundo lugar una mayor o menor participación a los jueces encargados de su aplicación.

Para hablar de un proceso de determinación de la pena en este sentido hay que remontarse a las ideas de la ilustración y al movimiento codificar y, en particular a la consagración del principio de legalidad de las penas frente al sistema de determinación de la pena del antiguo régimen, que lo confiaba prácticamente por entero a los jueces, dotándoles para ello de unos poderes tan amplios que era infrecuente que pudieran acabar en pura arbitrariedad. El Código Penal de 1848 mostró en todo su esplendor el nuevo sistema de determinación de la pena basado en el escrupuloso respeto a la ley, pues encausaba la labor del juez a lo largo de todo un complejo proceso de aplicación de

reglas diseñadas para la concreción y medición de la pena (dosimetría penal), y en el que la capacidad de decisión judicial, descontando algunos delitos con marcos penales muy amplios (por ejemplo el de art. 554 C. P. 73), estaba ciertamente limitada.

De esta manera, la pena ha de estar abierta a que una pluralidad de datos, distintos de los que ya han sido tomados en consideración para fijar el marco penal abstracto, tenga así mismo un reflejo sobre la misma en cualquiera de las fases de su concreción. Así pues, estamos hablando de un sistema de penas solo relativamente determinadas, y, como dice Gallego Díaz “en un sistema de penas relativamente determinadas, como es el nuestro, el proceso de determinación de la pena ha de venir configurado necesariamente a través de un equilibrio de funciones que en el mismo han de atribuirse a las instancias de la ley y del juez”.

### **La determinación de la pena en el código penal español**

El nuevo Código Penal presenta importantes innovaciones en las fases de determinación de la pena, aunque en el fondo de su esquema se ajuste al sistema ya tradicional de nuestros códigos anteriores. En cualquier caso, las innovaciones más relevantes afectan fundamentalmente al procedimiento o método de concreción legal de la pena.

Las penas del nuevo Código se miden en su mayoría por duración, a excepción de la multa proporcional. Así pues, en general los marcos penales se configuran en magnitudes temporales. Como se ha señalado, las variaciones que operan sobre el marco de la pena legal abstracta, tienen en relación al mismo tres posibles sentidos elevarlo, disminuirlo o fraccionario en tiempo. Los dos primeros afectan al grado de la pena (superior o inferior) y en general anteceden al último, dado que este afecta internamente al propio marco de la pena. Solo en el caso de aplicar la pena para el autor de un delito consumado, sin la concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes, o con la concurrencia de unas y otras, no es necesario llevar a cabo las variaciones regladas en el marco penal que se ha indicado, pudiendo el juez concretar directamente la pena apoyándose en ciertos factores de individualización de la misma.

El tercero de los sentidos apuntados se circunscribe, en cambio, al marco interno de la pena.

### **Determinación judicial de la pena. Los factores de individualización judicial de la pena. Aplicación de las penas de las faltas**

Si, como se ha visto, puede ser complicada la tarea del juez en la fase de concreción legal de la pena, función no menos complicada y de más alta responsabilidad resulta llegar a señalar en cada caso concreto la medida exacta de la pena. Aquí no se trata de problema sobre el contenido y alcance de reglas dosimétricas, puesto que su realización no está sometida en nuestro derecho a tales reglas.

En efecto, el mecanicismo de la subsunción que caracteriza en líneas generales a la fase anterior de la determinación de la pena deja paso a esta a la racionalidad del juzgador. Sin embargo, no cualquier razón sirve a la racionalidad que del juez se espera al individualizar la pena, si no solo aquellas que combinan adecuadamente los fines preventivos de la pena con la retribución por el hecho cometido. En tal sentido, constituye un principio de justicia material el que la medida de la pena no puede revisar la medida de la culpabilidad, dado que es fundamento y, con ello, límite de la pena. Pero en la fase de individualización judicial la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad puede reducirse por motivos de prevención general o de prevención especial.

#### **Legislación mexicana**

Antes de proceder a determinar la existencia del delito y la responsabilidad del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado, que es del que debe atenderse para imponer la consecuencia jurídica –pena o medida de seguridad– por la existencia de un delito, a partir de la reforma, publicada en el periódico oficial número 82, de 9 de julio de 1999, en donde se publica el decreto 142, y que entró en vigor al día siguiente, según lo prescribe su artículo único y transitorio; que entre otros preceptos del Código Adjetivo Penal, reforma el numeral en comento, el cual prescribe lo siguiente:

“A los tribunales penales corresponde la aplicación de las penas cuando en sus sentencias declaren la existencia del delito y la responsabilidad del procesado; y las medidas de seguridad cuando el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito y de este y de sus circunstancias personales, pueda decirse la necesidad de aplicarlas”, En su anterior redacción, el numeral en comento, afirmaba lo siguiente: “A los tribunales penales corresponde la aplicación de sanciones y medidas de seguridad, cuando en sus sentencias declaren la existencia del delito y la culpabilidad el procesado; o en su caso la necesidad de aplicar las segundas “. De simple lectura la redacción antes trans-

crita del numeral que en la actualidad nos rige, apreciamos marcadas diferencias con el que se encontraba vigente con anterioridad, pues mientras que, en base a la anterior redacción se asumía que la consecuencia jurídica –pena o medida de seguridad– por el delito cometido se imponía:

- a) cuando se constara la existencia del delito.
- b) cuando se constara la existencia de la culpabilidad.

Bajo esta fórmula, el legislador sinaloense pretendía –mejor dicho exigía–, que se demostrara por parte del órgano persecutor del delito, institución del Ministerio Público, y que a su vez el juez constatará, la existencia de dos elementos:

- a) Injusto Penal.
- b) Culpabilidad.

El primero de esos términos se integra con

- a) conducta.
- b) tipicidad.
- c) antijuricidad.

El segundo de los citados elementos se integra con:

- a) *culpabilidad*: dicho elemento se estructura a su vez con:
  - a–) *imputabilidad*: con sus dos ingredientes: capacidad de comprensión y capacidad de determinación.
  - b) *comprensión de la antijuricidad*: es decir la capacidad en abstracto de comprender el carácter ilícito de su conducta y no exista error mediante el cual el encausado considerara que su conducta estaba amparada por una causa de licitud.

En efecto la comprensión de la antijuricidad no es el actuar doloso o culposo, habida cuenta de que esos elementos pasan a formar parte del tipo. Obvio es que la teoría psicológica de la culpabilidad se desdeña, recetando la teoría normativa pura de la culpabilidad, por la cuál se entiende que es el juicio de reproche que se formula al autor o partícipe de una conducta típica, porque siendo imputable, con conocimiento de la antijuricidad de su conducta, no se motivó conforme a la norma pudiendo y debiendo haberlo hecho. Consecuentemente el dolo no se identifica con la antijuricidad del hecho, pues es un dolo avalorado, es decir, no querer realizar lo contrario a derecho,

sino que como lo pregona el art. 14 párrafo segundo, primera hipótesis del vigente Código Penal:

“Obra dolosamente el que conociendo las circunstancias objetivas del hecho típico, quiere realizarlo”, con lo que asumimos que el dolo, ya no es la realización de una conducta contraria a derecho, sino realizar la parte objetiva del tipo. Así la conciencia de la antijuricidad, es el conocimiento potencial, no real, ni efectivo, sino actualizable, de que lo que se hacía se encontraba prohibido por el derecho. De aquí que en este estrato se analice el error de prohibición y la causa de exclusión del delito disculpante, previsto el primero en la fracción X, del artículo 26 del vigente Código Penal, cuando afirma: “Se realice el hecho bajo un error invencible que por el mismo estime el sujeto activo que su conducta estaba amparada por una causa de licitud” y el segundo en la fracción V de dicho numeral, cuando se afirma: “Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, lesionando un bien jurídico de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro sea inevitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo”

Finalmente debe examinarse:

c) si “Atendiendo a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta antijurídica sea racionalmente posible exigir al agente una conducta diversa a la que realizó”

Con los anteriores elementos, conforme el texto derogado del art. 5 del Código Adjetivo Penal, el órgano jurisdiccional se encontraba facultado, obligado a imponer la consecuencia jurídica del delito.

## **DERECHO COMPARADO**

**Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica  
Diciembre 1989 año 1, n° 1**

**La determinación de la pena en el concurso ideal de delitos**

*Juan Marcos Rivero Sánchez*

*Concursos*

1. Existe concurso ideal en aquellos casos en que un solo comportamiento (1) lesiona varias veces la misma disposición penal (concurso ideal

homogéneo); o bien, cuando lesiona varias disposiciones jurídicas que no se excluyen entre sí (concurso ideal heterogéneo). Así lo establece expresamente la doctrina (2).

2. Según el artículo 21 del Código Penal: “Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí”. Esta norma, alude tan sólo al concurso heterogéneo. No obstante, la existencia del concurso homogéneo debe ser afirmada en virtud de una aplicación analógica “in bonam partem” de los artículos 21 y 75 *ibídem*, ya que de lo contrario la alternativa sería regular el caso según las reglas del concurso real (artículos 22 y 76 *ibídem*), las que resultarían más gravosas para el delincuente (3). Por lo demás, la expresión “diversas disposiciones legales”, no debe llamar a error. Si se toma en cuenta que toda norma protege un bien relevante para el derecho, resulta claro que, en última instancia, la lesión de un precepto entraña siempre la de un bien, y es esto último lo relevante para el ordenamiento jurídico (4).

3. No debe confundirse el concurso ideal, con el concurso aparente de normas, también llamado por un sector de la doctrina (5), concurso ideal impropio e incluso, concurso aparente de delitos (6). El concurso aparente se define como una hipótesis de unidad de acción (7), con unidad de lesión (8). Sucede que aquí la acción “parece” adecuarse a diversas disposiciones jurídicas y, a consecuencia de ello, genera la impresión de haber producido una pluralidad de lesiones de bienes jurídicamente relevantes (9). No obstante, esta apariencia puede disiparse a través de la aplicación de los principios de especialidad (10), consunción (11) y subsidiariedad (12).

4. Sin embargo, una vez que se ha desechado la posibilidad de una concurrencia aparente de normas y se ha comprobado que se está ante un caso de pluralidad de lesiones originadas en un único comportamiento, se presenta el problema de determinar la sanción aplicable, la que debe guardar correspondencia con el injusto y la culpabilidad del hecho punible (13). El artículo 75 del código de comentario, pretende dar solución a esta dificultad, y a tal efecto dispone:

“Para el concurso ideal, el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla”. Esta norma, en principio clara, presenta, no obstante, tres grandes interrogantes: a) ¿Qué se entiende por delito más grave?; b) ¿Qué significa aplicar la pena correspondiente al delito más grave?; c) ¿Qué significa aumentar la pena de dicho delito?

### **La individualización de la pena en el concurso ideal de delitos**

5. Para dar solución adecuada a los anteriores interrogantes, conviene tener presente cuales son los sistemas para determinar la pena en caso de concursos. De acuerdo con el principio de la acumulación material o aritmética, las sanciones que corresponden a los diversos hechos, deben sumarse y aplicarse todas "... unas a continuación de otras" (14). Para la teoría de la absorción, las penas que se ligan a los diversos delitos resultan absorbidas por la mayor de ellas (15). Finalmente, para el sistema de cúmulo jurídico, debe aplicarse la pena de la violación jurídica más grave, con un aumento, también se le denomina, sistema de la asperación (16)

6. La doctrina ha entendido que el sistema de la absorción se aviene al problema del concurso ideal. Ello resulta de la circunstancia de que, en realidad, hay aquí un único delito "...que tiene la peculiaridad de presentar una doble o plural tipicidad" (17). En efecto, la teoría de los perfiles del hecho jurídico, enseña que un mismo fenómeno puede ser valorado desde diversos ángulos, por distintas normas jurídicas, sin que por ello se modifique, desde el punto de vista fenomenológico, su estructura (18). Desde esta perspectiva, se afirma que "... la pluralidad de encuadramientos no es en sí misma suficiente para considerar procedente la imposición de una pluralidad de penas; para esto es necesario que a cada figura corresponda una acción autónoma. Lo que se imputa a un sujeto son sus acciones; así, cuando no hay más que una acción, no puede haber más de una imputación, aunque esa sola y misma acción caiga bajo más de una descripción legal" (19). Esta visión del concurso ideal, corresponde a la llamada teoría unitaria, que es hoy dominante en doctrina (20). En nuestro medio, no obstante, se ha sostenido que el Código Penal recoge la teoría plural, con arreglo a la cual se considera que el concurso ideal constituye una pluralidad de delitos (21). Se argumenta que el Código, en el Título II, Sección II, se refiere a un "concurso de delitos", y que en el artículo 75 habla de que el juez aplicará la pena correspondiente al "delito más grave". De aquí se extrae la conclusión de que "...para nuestro legislador delito es, no la acción, sino la valoración jurídica de esa acción" (22). En realidad, lo propio es considerar que, de manera general, las imprecisiones del lenguaje legislativo no condicionan la labor de interpretación de las normas.

7. Conviene determinar ahora qué se entiende por delito más grave. Al respecto, debe tenerse presente que si el concurso ideal es un caso de una acción con dualidad o pluralidad de calificaciones (las que, se encuentran contenidas en los respectivos tipos), resulta claro que delito más grave, es aquel que tenga la calificación jurídica más grave.

8. Debe recordarse que el tipo penal está compuesto, como toda norma jurídica, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, que es siempre una pena o una medida de seguridad. En consecuencia, si el concurso ideal ha de regirse por la calificación más grave, debe determinarse si esa gravedad se especifica en función del supuesto o en relación con el efecto del tipo. En realidad, en el artículo 75 Cp. “Delito más grave es aquel que tiene una pena mayor (23). Se trata de aplicar la pena que en mayor medida incida en los bienes jurídicos del autor del hecho punible (24). Para ello, debe estar-se, en primer lugar, a la naturaleza de la pena, según el orden establecido en el artículo 50 *ibídem*. Si son de la misma naturaleza, la gravedad se determina por el límite máximo más elevado de los tipos que concurren. Si los extremos mayores son iguales, la gravedad se determina en función del mínimo más elevado (25).

9. Debe desentrañarse, por otra parte, el sentido de la expresión: “aplicar la pena correspondiente al delito más grave”. En realidad, caben dos interpretaciones. En primer lugar, puede significar que la sanción se impone dentro del mínimo y máximo de la escala penal que corresponda al tipo más grave. En segundo término, puede entenderse que dicha escala se construye, en su límite máximo, con referencia a la pena mayor, y, en su límite mínimo, por el mínimo mayor de los tipos que concurren (principio de combinación). Se ha dicho que la circunstancia de que se aplique la pena correspondiente al delito más grave, no significa “...que el legislador dé a la pena del delito más grave una preeminencia absoluta; ella indica simplemente que el límite superior de la pena es el fijado por el tipo penal que tenga pena mayor...” (26). “La pena de la violación menos grave, aunque en principio es absorbida, cumple la función de fijar el límite mínimo en aquellos casos en los que la ley establece pena mayor que tenga un mínimo menor que la pena que fue aplicada. Así, si uno de los tipos violados tiene pena de prisión de un mes a dos años y el otro de dos meses a un año, es el primero el más grave y de él se toma la pena. Pero el segundo fija el límite mínimo de la pena, que no puede ser menor de dos meses de prisión” (27). Esta última solución es la que se impone, pues al haber lesionado el delincuente varios tipos penales, no puede concebirse que cumpla una sanción menor que el mínimo más alto de las penas que concurren (28).

10. Cuando se trata del concurso ideal homogéneo, la determinación de la pena no presenta en realidad mayor problema. Aquí la sanción que se toma “...es aquella de la ley penal que fue violada varias veces, como si hubiera sido violada una vez solamente. A la hora de establecer la pena en concreto, el juez puede tomar en cuenta la pluralidad de resultados producidos por la

acción (caso de bomba, que mata a varios) o bien de la conexión de medio a fin de una de las violaciones jurídicas con relación a la otra o a las otras” (29).

11. El verdadero problema, no obstante, reside en determinar que significa aumentar la pena correspondiente al delito más grave. Tradicionalmente, se ha entendido que el artículo de comentario (75 Cp), le otorga al órgano juzgador la facultad, por lo demás discrecional, de elevar la sanción por encima del máximo de la escala penal de que se trate, con el único límite de que: “... no se puede aplicar al delincuente una pena mayor que aquella que le hubiera correspondido si hubiera realizado acciones independientes (concurso real)” (30). Esta tesis, seguida en general por nuestra jurisprudencia, no está exenta de toda crítica:

a) *La solución resulta contraria al principio de legalidad.* Con arreglo a éste, toda sanción que se imponga a una persona debe estar previamente determinada por una ley anterior a la comisión del delito. La exigencia de determinación, supone que el legislador establezca claramente, los límites mínimo y máximo dentro de los cuales el juzgador habrá de aplicar la pena en concreto. El marco de la sanción es infranqueable, salvo en aquellos casos en los que la propia ley crea una escala penal paralela. Si la ley no prevé un marco penal alternativo, debe interpretarse que la posibilidad de aumentar la pena opera siempre dentro de los márgenes legales del tipo respectivo. La tesis que afirma que la facultad de agravación aludida, encontraría su límite en las reglas del concurso real de delitos, implica, en el fondo, una aplicación analógica “in malam partem” del artículo 76 (31). Si se interpreta que le corresponde al juez –y no a la ley–, la fijación de los límites de la potestad de agravación, sin otro requisito que el de no superar la sanción que correspondería al caso de haberse realizado acciones independientes, se crearía, de hecho, un grado de inseguridad contrario a los valores del sistema. Se ha dicho que “... debe exigirse el máximo de determinación en la ley penal (nullum crimen sine lege certa). Los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente, marcos penales de extensión limitada” (32). No obstante, las normas deben interpretarse en el sentido en que resulten conformes con la Constitución Política. De aquí que deba arribarse a la conclusión de que el aumento de la pena que prevé el artículo 75, es dentro del máximo penal respectivo.

b) La pena que se agrava no es la “prevista” abstractamente dentro de los límites menor y mayor de la escala correspondiente, sino la que se haya impuesto al delito más grave, “en concreto”, de conformidad con los criterios de determinación de la pena a que hace referencia el artículo 71 Cp. A esta

conclusión se llega, si se toma en consideración el hecho de que el Código Penal distingue entre la “pena que corresponda al delito más grave” (art. 75), o a los “delitos cometidos” (art. 76), y la “pena prevista” para el hecho punible. Pena que corresponda al hecho punible y pena prevista para él, no son conceptos idénticos (33). La primera, es la que en concreto se le impone al delincuente; es la pena particular, aplicada en el caso de que se trate. La segunda, es la sanción abstractamente establecida en el tipo (34). Así, “La pena prevista para el hurto simple (artículo 208 Cód. Pen.) es prisión de un mes a tres años” (35). De lo anterior, se comprende que en el artículo 75 de repetida cita, nuestro ordenamiento no faculta para aumentar la pena máxima abstractamente entendida, sino tan sólo la que en concreto se haya impuesto, y dentro del marco legal respectivo. Este, por otra parte, permanece inalterado.

c) Podría pensarse que la facultad de agravar la pena sólo tiene sentido en la medida en que se ejerza para sobrepasar el límite superior del marco penal. No obstante, ello olvida que si bien el juez puede fijar la pena dentro de los límites por ley establecidos, ello no significa que la determinación de la sanción sea arbitraria (36). En cada caso concreto, “Fundamento de la determinación de la pena es la significación del delito para el orden jurídico violado (contenido del injusto), y la gravedad del reproche que se hace al reo por el hecho cometido (contenido de la culpabilidad). Sin embargo, dentro de un derecho penal de culpabilidad, la cúspide de los factores determinantes de la pena es, precisamente, el contenido de la culpabilidad, dado que sólo pueden tenerse en cuenta los efectos culpables del hecho (37). Hoy se acepta, de manera general, que la pena debe determinarse “...de tal modo que se garantice, tanto la función retributiva en relación con el contenido del injusto y de la culpabilidad, como que se haga posible por lo menos el cumplimiento de la función resocializadora del reo. Además de esto, debe protegerse a la comunidad frente al delincuente peligroso... La defensa del ordenamiento jurídico exige, por último, que la pena se determine de tal modo que pueda tener un efecto socio pedagógico en la comunidad (38)”. En algunos casos, los anteriores objetivos pueden equilibrarse en el momento de imposición de la sanción. No obstante, cuando ello no resulta posible “... el principio de culpabilidad constituye el punto de referencia y el límite superior de la determinación de la pena, porque representa el fundamento de toda pena pública... En ningún caso puede admitirse, ni por razones resocializadoras, ni de protección de la sociedad frente al delincuente peligroso, una pena mayor a lo que permita la culpabilidad” (39). En consecuencia, lo correcto es interpretar que en los casos de concurso ideal, debe imponerse la pena que corresponda al delito más grave, la que habrá de determinarse, en cada caso concreto, de conformidad con el contenido del injusto y de la culpabilidad. La agravación

de esta sanción, sólo se justifica por el número de disposiciones violadas y dentro de los marcos del tipo penal (40).

d) Existe quizá una razón más profunda para arribar a las anteriores conclusiones, que tiene que ver con los llamados delitos calificados por el resultado. En general, éstos delitos se explican por la circunstancia de que el legislador, por razones de política criminal, consideró oportuno desplazar las reglas del concurso ideal, en aquellos casos en que pudieran resultar demasiado benignas en consideración al contenido del injusto (41). Pero, precisamente, ello sólo tiene sentido en un sistema que opte por sancionar las hipótesis de concurso ideal, de conformidad con la pena establecida para el delito más grave, aumentada, a lo sumo, hasta el máximo previsto en el respectivo tipo. Es claro: si el juez pudiera elevar la sanción por encima de la respectiva escala penal, contaría con la posibilidad de imponer una pena mayor que la establecida, en tesis de principio, para cualquier delito calificado por el resultado, con lo que éstos carecerían de razón de ser, frente al mayor margen de punibilidad que representaría el concurso ideal. En síntesis, si nuestro legislador consideró necesario recurrir a la técnica de los delitos calificados por el resultado, es porque partió de la base de que la del concurso ideal, se establece la pena correspondiente al delito de mayor gravedad y se consideran las violaciones de los restantes tipos penales “...como circunstancias agravantes, dentro de la única escala penal que se aplica” (42).

## **Conclusión**

12. La interpretación que la doctrina y jurisprudencia dominantes han hecho del artículo 75 del Código Penal Costarricense, resulta contraria al principio de legalidad. Debe entonces corregirse esa orientación, a fin de conciliar esa norma con los valores fundamentales amparados por la Carta Política de nuestro país. Como ya lo sentenció Reinhart Maurach –cuya observación también vale para el derecho costarricense–, “Únicamente dentro del marco penal del tipo más grave podrán los tipos idealmente concurrentes ser tomados en consideración para agravar la pena: principio de la facultativa asperación limitada” (43). Este es el sistema que recoge el art. 75 del Código penal.

## **Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de las penas, penas accesorias**

En relación a la manera en que ha de imponerse la pena en caso de concurso real, el legislador establece un sistema diferenciado por la naturaleza de la sanción. Cuando las penas a aplicarse son penas privativas de la

libertad, él ha adoptado el principio de la absorción. El juez ha de imponer la pena por el delito más grave, y tener en cuenta los demás para aumentarla. Para esto, ha de seguir las reglas de individualización contenidas en el art. 51 del Código.

A diferencia de lo que hizo con el concurso ideal, el legislador ha ordenado al juez considerar, obligatoriamente, los restantes delitos “para fijar la más severa represión”. No se trata, sin embargo, de una acumulación de penas; ni tampoco de la creación de un específico marco punitivo; como lo hacía, siguiendo al modelo holandés, en el Proyecto de 1916. En el art. 82 de este proyecto, se establecía que, en caso de penas de la misma clase, se impondrá una sola pena, cuyo máximo será la suma de las penas correspondientes a los diversos delitos; pero sin que pueda exceder de un tercio sobre el máximo de la mayor”; y en su art. 83, se estatuyó para el caso en que las penas a imponer sean de distinta naturaleza, que se aplicará la más grave, pudiendo ser aumentada hasta en un tercio de su máximo.

De acuerdo a la normativa vigente, el marco legal es el de la ley que reprime la infracción más grave, ya que el legislador tomó a ésta como base para la represión. Razón por la cual el juez no podrá – teniendo en cuenta las restantes –sobre pasar el máximo señalado para dicha infracción específica.

La simple acumulación de las penas correspondientes a cada infracción, conforme al principio “*quot delicta tot poenas*”, ha sido siempre criticada debido a que contraría los objetivos de la pena. Este criterio de política criminal es, sobre todo, correcto en relación a las penas privativas de la libertad; pero, no sin razón, ha sido igualmente esgrimido contra la acumulación de penas pecuniarias (63). De modo que resulta injusta la acumulación establecida en el art. 39, pf. 2, del Proyecto de 1985 (agosto). Además, tratándose de concursos retrospectivos, la situación del procesado se vería agravada por el retardo judicial.

El sistema de acumulación fue adoptado, con restricciones por nuestro legislador con relación a la pena pecuniaria. Según el art. 109, “las multas serán acumuladas; sin embargo, su importe no deberá exceder de mil libras, a no ser que para una de las infracciones le corresponda un máximo superior”. Esta regla figuraba ya en el proyecto de 1916 (art. 82, pf. 2o.) y su fuente legal es el art. 68 del Anteproyecto suizo de 1915/16.

Las penas de la parte especial son establecidas mediante la técnica de los márgenes penales y de manera tan amplia, que aparece justificada la solu-

ción adoptada por nuestro legislador respecto al concurso real. Como ya lo dijimos al tratar del concurso ideal, estas mismas circunstancias hacen que en la práctica se trate de igual manera ambos casos de concurso (64). Como en el caso de concurso ideal, el legislador deja a la potestad del juez decidir si aplica al agente cualquier pena accesoria y/o medida de seguridad, “aunque sólo esté prevista para una de las infracciones en concurso” (65). Esta redacción es mejor que la del párrafo segundo del art. 105. En éste, se supone que las medidas de seguridad se hallan previstas por una de las disposiciones en conflicto, como sucede con las penas. Pero, en realidad, los casos en que son aplicables están indicados por normas de la parte general, y su imposición depende, en primer lugar, de la personalidad del delincuente y, en segundo lugar, de la naturaleza de la infracción cometida (66).

En el caso de concurso ideal, el legislador se vio obligado a no utilizar el giro que empleó en el art. 108, referente al concurso real, por que quiso ser consecuente con la naturaleza de la institución que regulaba, ya que se trata, en realidad, de un concurso de disposiciones aplicables a una sola acción (de allí la calificación de ideal) y no de un concurso de delitos. En las mismas dificultades debió encontrarse el legislador suizo al redactar los arts. 67 y 68 del Anteproyecto de 1915/16; y en alemán al elaborar el pf. No. 4 del art. 52 del Código Penal (derogado, pf. No. 4 del art. 73). Para una correcta comprensión del art. 105, 2o. pf., debe considerarse que muchas normas de la parte general tienen como función complementar las reglas de la parte especial. Se trata de una técnica de economía legislativa (67).

### **Fijación de la pena en caso de juzgamientos sucesivos**

Si la represión del delincuente, en virtud de infracciones que se hallan en concurso real, debe tener lugar en “sucesivos juzgamientos” (68), se seguirá, para fijar la pena única, lo dispuesto por el art. 4º. de la Ley 10124, del 29 de diciembre de 1944. Según esta disposición “las sentencias pronunciadas en la primera y siguientes causas por delitos conexos (69), no podrán ser modificadas en cuanto califican la naturaleza legal del hecho punible y la culpabilidad del agente; pero las penas y medidas impuestas se tomarán en consideración para refundirlas en la penalidad o tratamiento único a que se haga acreedor por los cargos que resulten en cada nuevo juzgamiento con el mejor conocimiento de su personalidad criminal”.

De lo que se trata es, pues, de imponer una sola pena que sea proporcional a la responsabilidad del agente. El juez no puede acumular las penas. Teniendo en cuenta las circunstancias objetivas del hecho y personales del

agente, él deberá aumentar la pena ya impuesta. Es decir, que deberá aplicar las reglas de individualización de la pena para fijar la penalidad refundida. Lo mismo rige en relación a las medidas de seguridad u otras medidas, y a ellas hace referencia el legislador, en la disposición citada, cuando dice “medidas” y “tratamiento único”.

La redacción de la norma que comentamos debió ser más simple. Esto pudo lograrse teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 108 y haciendo referencia a que el delincuente no sea castigado con mayor severidad a la que hubiese sido sometido en el caso de ser juzgado por todas las infracciones. De esta manera, se obligarla al juez a observar los límites señalados en el art. 108.

### **Fijación de la pena en caso de concurso real retrospectivo**

Para la imposición de la pena en el denominado concurso retrospectivo se debe, asimismo, tener en cuenta el criterio de que no debe castigarse al agente más severamente que si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos cometidos. En este sentido, el legislador ha dispuesto que se someterá al agente a un nuevo juicio, por el delito que cometió antes de ser sentenciado y que es posteriormente descubierto, y, “se le aumentará la pena”. Se aleja, sin embargo, de esta regla de equidad cuando agrega de que se le podrá aplicar “la nueva pena correspondiente” (art. 110).

De qué depende que el juez se decida por uno u otro extremo de la alternativa, no lo ha señalado el legislador, pareciera que la decisión estuviera supeditada a que la pena no haya sido totalmente ejecutada o que lo haya sido, esté prescrita o que el agente haya sido amnistiado. En el primer caso, se aumentará la duración de la pena; en los restantes se aplicará una nueva.

La manera cómo debe ser fijada esta pena no es establecida por la ley penal sustantiva ni procesal. La determinación de su duración de modo independiente –sin tener en cuenta la pena anterior–, implicaría, prácticamente, la acumulación de penas en caso de que la anterior haya sido efectivamente cumplida.

No se justifica la agravación de la sanción que implica la acumulación. Este sistema fue, con razón, descartado al elaborarse el art. 108 del Código Penal y el art. 4º de la Ley 10124.

En el caso de que la ejecución de la pena impuesta en la sentencia condenatoria haya prescrito o el condenado haya sido amnistiado o indultado, se

deberá tener en cuenta la naturaleza de estas instituciones jurídicas al juzgarse al delincuente por un hecho que cometió antes, de ser sentenciado; pero que sólo fue descubierto posteriormente. La imposición de la nueva pena ha de considerarse sin tener en cuenta la infracción ya reprimida, porque de lo contrario, en el caso de pena prescrita, puede ser un modo de revivir el extinguido derecho a castigar del Estado; en el caso de amnistía, significaría desconocer que tiene por efecto olvidar el hecho punible a que se refiere; y, finalmente, en caso de indulto, se desconocería la supresión de la represión que éste implica.

Supeditar el tratamiento del concurso real a las contingencias de la acción policial y judicial, no nos parece un criterio adecuado a los fines de la penalidad. Esto, es sobre todo, evidente dentro del sistema admitido por nuestro legislador para la fijación de la represión en los casos de concurso. Por esto, es conveniente sentar como principio rector, que tratándose de concurso real retrospectivo el juez debe evitar de tratar al procesado más severamente que lo hubiese sido si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar simultáneamente. La diferencia sólo se daría en la manera en que el juez proceda. Si en caso de juzgamiento simultáneo, ha de partir de la fijación de la pena más grave y luego aumentarla en consideración a las demás infracciones; en el concurso retrospectivo ha de hacerlo partiendo de la pena ya impuesta y concluir estableciendo una penalidad o tratamiento único; como en el caso de juzgamientos sucesivos (art. 4, Ley 10124).

De aceptarse otro criterio, tendríamos que admitir que la última frase del art. 110 establece una agravación en razón a que el procesado no se auto denunció, lo que sería absurdo (70). Lo mismo puede decirse si la represión se hiciera depender del hecho de que se admita o no la acumulación de procesos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal, parte general. Bogotá, Temis, Ilanud, 1984.

BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal Español. Madrid. Akal, Vol. II, 1985.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El Concurso de Delitos. San José, Costa Rica, Publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.R., 1981.

GÓMEZ BENÍTES, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. Madrid. Editorial Civitas, 1984.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, parte general. Barcelona, Casa Editorial Bosch., Vols, I y II, 1981.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires. Editorial Sudamericana, 13° ed. 1984.

MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal. Bogotá, Editorial Temis, 5° ed. Vol. II, 1972.

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Barcelona, Ediciones Ariel, Vol. II, 1962.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Bogotá, Editorial Te mis, 1984.

PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado. San José, Costa Rica. Publitex, 1988.

PUIG PENA, Federico. Derecho Penal, parte general. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 4° ed., T. II, 1955.

REYES E., Alfonso. La punibilidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1978.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español, parte general. Madrid. Gráficas Carasa, 7° ed. 1979.

SAUER, Guillermo. Derecho Penal, parte general. Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1956.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial Tea, 9° reimpresión, T. II, 1983.

STRATENWERTH, GUNTER. Derecho penal, parte general. Madrid, Edersa, Traducción de la 2° edición alemana, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, parte general. Buenos Aires, Ediar, T. III, IV.



## REGLAMENTO DE GOBIERNO DE 1813

Por Luis Lezcano Claude (\*)

*Características generales.* El llamado Reglamento de Gobierno de 1813 fue aprobado por el segundo Congreso General, el 12 de octubre de 1813. Dicho Congreso se reunió a partir del 30 de septiembre en el templo de la Merced y estuvo integrado por más de mil diputados. Éstos fueron designados en forma democrática en elecciones populares y libres, mediante el voto de todos los ciudadanos de cada una de las poblaciones y en proporción al número de los electores (1).

Estos primeros congresos generales del naciente Estado paraguayo, además de las funciones propias de un órgano integrante del poder constituido, ejercieron el poder constituyente, en particular, en cuanto a la determinación de los órganos de gobierno.

La redacción del Reglamento fue encomendada al Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia y al Capitán Pedro Juan Cavallero, quienes lo presentaron al Congreso el 12 de octubre, fecha en que fue aprobado por aclamación. La sanción del citado instrumento constitucional debe inscribirse dentro del ejercicio del poder constituyente.

---

(\*) Profesor Asistente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

(1) Cf. Efraim Cardozo, *Paraguay independiente*, Asunción, Carlos Schau-man Editor, 1987, p. 44.

Refiriéndose a los diputados, Cecilio Báez dice que eran “en su mayor parte analfabetos arrancados de sus chacras y estancias, que no sabían tampoco a qué venían a la capital” (C. Báez, *La tiranía en el Paraguay*, Asunción, Ñandutí Vive-Intercontinental Editora, 1993, p. 24).

Si se toma en consideración la afirmación contenida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, de que *toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución* (art. 16), resulta evidente que el Reglamento de Gobierno de 1813 no puede ser considerado propiamente una constitución en el sentido en que la entendemos a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. En efecto, el Reglamento carece de una declaración de derechos y garantías de los gobernados (parte dogmática) (2) y, además, la separación de las funciones clásicas del poder está delineada en forma muy limitada en cuanto guarda relación con el órgano legislativo y en forma embrionaria en lo que se refiere al órgano judicial.

No obstante lo señalado, por el hecho de organizar el gobierno, aunque fuera con grandes deficiencias en cuanto al equilibrio y la división de funciones de los órganos creados, e incluso sujetando la creación de uno de ellos (el judicial) al criterio de otro, además de otras cuestiones, el Reglamento de Gobierno de 1813 debe ser considerado como la primera ley de carácter constitucional que tuvo el Paraguay.

El Reglamento es un instrumento breve, consta sólo de diecisiete artículos. La mayor parte de ellos se ocupan de regular el órgano ejecutivo que, por su carácter permanente y por las atribuciones que se le reconocían, era el que realmente ejercía el gobierno.

*República del Paraguay.* Debe destacarse que en este Reglamento se usó por primera vez la expresión “República del Paraguay” (art. 1), lo cual implicaba un rompimiento expreso con la monarquía española y con las provincias del antiguo Virreinato del Río de la Plata, en particular con las autoridades constituidas en Buenos Aires (3). Refuerza la idea de que la alusión a la “República del Paraguay” contenida en el instrumento, debe ser tomada como una verdadera declaración de independencia, la referencia que se hace

---

(2) Se puede decir que la única excepción la constituía el reconocimiento del carácter de elector de los ciudadanos, para la designación de los diputados al Congreso general.

(3) La palabra “República” es usada también en los artículos 2 y 3 del Reglamento. Sin embargo, se sigue usando el vocablo “provincia” en los artículos 1, 5, 14 y 17. Creemos que esto debe atribuirse simplemente a imprecisiones en la redacción del documento, pues la voluntad independentista era clara.

más adelante en cuanto a la reunión de los habitantes en Congreso General “como pueblo libre y soberano” (art. 14).

Se hace alusión también a “la escarapela tricolor de la República” que debía llevar el sombrero que como divisa de su dignidad correspondía usar a los cónsules (art. 2).

*Consulado.* A imitación del consulado romano o del consulado de Bonaparte y Sièyes, se adoptó esta forma de gobierno.(4) Las funciones ejecutivas quedaban en manos de dos cónsules de la República del Paraguay, quienes eran nombrados expresamente en el instrumento: don Fulgencio Yegros y don José Gaspar de Francia (art. 1). Se trataba, pues, de un ejecutivo colegiado. El mandato de los cónsules era de un año, quedando sujeto luego a lo que determinara el nuevo Congreso general que debía reunirse al cabo de dicho lapso (5).

No se hacía ninguna distinción en cuanto a las facultades que correspondían a los cónsules. En este sentido se establecía que “tendrán jurisdicción y autoridad en todo igual, la que ejercerán unidamente y en conformidad. Por consecuencia, todas las providencias de gobierno se expedirán firmadas por los dos” (art. 2).

Para el manejo interno del órgano colegiado se establecía la figura de la presidencia, pero se dejaba muy en claro que sólo debía tener este alcance. Así se afirmaba que ella quedaba “reducida solamente a lo interior del tribunal”, “limitada a la economía y régimen interior del tribunal” (art. 4). Asimismo, se prescribía que “el que la ejerza se titulará cónsul de turno, y de ningún modo cónsul presidente”. Los cónsules debían alternarse por cuatro meses cada uno, correspondiendo el primer turno al cónsul Francia (art. 9).

Se dejaba “al arbitrio y prudencia de los dos cónsules el arreglar de común acuerdo y conformidad todo lo concerniente al mejor despacho y expediente de todos los negocios de gobierno en todos sus ramos” (art. 12). Todas las áreas concernientes al gobierno quedaban en manos de los cónsules. Ejercían éstos facultades ejecutivas, militares y judiciales.

---

(4) Cf. Cecilio Báez, op. cit., p. 24.

(5) Lo que acabamos de señalar se deduce de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento.

Como una atribución y un deber de carácter predominantemente militar,(6) se les encomendaba “la conservación, seguridad, y defensa de la República con toda la vigilancia, esmero y actividad que exigen las presentes circunstancias” (art. 3). La importancia de tal obligación se remarcaba al aludir a ella como el “primer cuidado” que debían tener los cónsules. Las “presentes circunstancias” a que se hace mención, eran el peligro de una intervención portuguesa, las pretensiones de los porteños de integrar al Paraguay como una provincia más del nuevo Estado que se pretendía constituir sobre la base del desaparecido Virreinato del Río de la Plata, y eventualmente un intento español de recuperar sus colonias.

A los cónsules se les confería la gradación y los honores de “Brigadieres del Ejército” (art. 1). La Comandancia general de Armas debía ejercerse “por la jurisdicción unida de los dos cónsules” (art. 5).

No obstante esta disposición, la tropa y el armamento debían dividirse por mitad al mando y cargo de cada uno de los cónsules. Debía haber dos batallones de infantería de suerte que cada cónsul tuviera su batallón del cual sería “jefe y comandante particular y exclusivo”. El batallón existente quedaba a cargo del cónsul Yegros y el cónsul Francia debía crear el suyo. En cuanto a las compañías de artillería se adoptaba igual criterio y así, con el mismo carácter de jefe y comandante particular, la primera correspondía a Yegros y la segunda a Francia (Cf. arts. 6 y 7).

Como se ve, si bien se consagraba la figura del ejercicio de la Comandancia general de armas en forma conjunta por ambos cónsules, a continuación se establecían detalladas previsiones para asegurar que cada cónsul por separado tuviera el control efectivo de la mitad de la tropa y de los armamentos.

La permanencia o la elección de los integrantes de los mencionados cuerpos militares, dependía de sus respectivos comandantes. Sin embargo, los despachos de oficiales debían ser otorgados por ambos cónsules. Asimismo, las causas particulares de cualquiera de los militares, debía “ventilarse y juzgarse por la jurisdicción unida de los cónsules” Cf. art. 8).

Los casos de discordia entre los cónsules debían ser dirimidos por el secretario, en cuanto no se opusiera a lo dispuesto en el Reglamento. Si exis-

(6) Las atribuciones de carácter militar correspondientes a los cónsules están contenidas en los artículos 3, 5, 6, 7 y 8 del Reglamento.

tieren dos secretarios, debía dirimir aquel a quien corresponda actuar en los negocios de la clase en que ocurra la discordia (art. 11).

En caso de falta absoluta de uno de los cónsules “por muerte o por retiro”, el otro debía convocar, dentro de un mes, a Congreso General para elegir al substituto (art. 14).

El poder de los cónsules, que como se ha visto abarcaba todos los ramos del gobierno, no estaba limitado o controlado sino por el Congreso general que debía reunirse una vez al año en forma ordinaria, y por el Cabildo de Asunción, en determinados aspectos. En cuanto a este último órgano se establecía que se le “pasará noticia” del cambio de turno de los cónsules “para su inteligencia” (art. 9, *in fine*). Además, la facultad conferida a los cónsules para fijar su propio sueldo, el de los secretarios y el de los miembros del Tribunal Superior de Recursos, debía ser ejercida “con audiencia y consulta del mismo cavildo” (art. 13).

*Congreso General.* Un Congreso general debía reunirse el 15 de octubre de cada año. Esta constituiría la reunión ordinaria del órgano. Quedó fijado en mil diputados o “sufragantes” el número de integrantes del Congreso y esta cantidad no podría ser modificada sino por otro congreso. Los diputados debían ser electos popularmente. La atribución del pueblo de “mejorar su gobierno si fuese necesario” ejercida por medio de un Congreso General, revela que éste estaba investido de algunas facultades constituyentes.

A este órgano se alude denominándolo “Congreso general de la provincia” (art 14), pero también se lo llama “Congreso soberano” en el artículo 16. El Congreso general debía reunirse en forma extraordinaria, como ya se ha apuntado, en caso de falta absoluta de uno de los cónsules (7).

*Tribunal Superior de Recurso.* Quedaba también “al arbitrio y prudencia de los dos cónsules ... la creación de un tribunal superior de recurso, que deberá conocer y juzgar en última instancia conforme a las leyes, según la naturaleza de los casos y juicios que se dejase a su conocimiento” (art. 12).

Este tribunal, al cual también se lo denomina “cámara de recursos” (art. 13), nunca llegó a crearse. Tal circunstancia pone de manifiesto la nula posibilidad de ejercicio de la función jurisdiccional en forma autónoma.

---

(7) Cfr. Artículos 14 y 17 del Reglamento.

*Vigencia y juramento del Reglamento.* El Reglamento debía ser observado “hasta la determinación del futuro Congreso” (art. 15). De conformidad con lo establecido en el mismo, tendría entonces una duración mínima de un año que era el tiempo al cabo del cual debía reunirse un nuevo Congreso general.

Los cónsules debían comparecer inmediatamente a jurar ante el Congreso “el observar y hacer observar fiel y cumplidamente el presente reglamento”. Igualmente debían hacerlo los oficiales de las tropas acuarteladas y, a su vez, éstos debían tomar juramento a los demás militares (art. 16).

### **Bibliografía**

Báez, Cecilio, *La tiranía en el Paraguay*, Asunción, Ñandutí Vive-Intercontinental Editora, 1993.

Benítez, Justo Pastor, *La vida solitaria del Dr. José Gaspar de Francia, Dictador del Paraguay*, Asunción, Carlos Schauman Editor, 2ª. Ed., 1984.

Camacho, Emilio, *El Poder Ejecutivo en el constitucionalismo paraguayo. Apuntes para una historia*, Asunción, Centro Paraguayo de Estudios Sociológicos, 1989.

Camacho, Emilio, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Asunción, Intercontinental Editora, 2001.

Cardozo, Efraim, *Paraguay independiente*, Asunción, Carlos Schauman Editor, 1987.

Honorable Congreso de la Nación, *Revisión Histórica*, Asunción, 2000.

Pappalardo Zaldívar, Conrado, *Paraguay: itinerario constitucional*, Asunción, Intercontinental Editora, 3ª. Ed., 1991.

Prieto, Justo José, “El constitucionalismo y las constituciones paraguayas”, en *La Constitución paraguaya concordada*, Asunción, Biblioteca de Estudios Paraguayos, Vol. 1, El Gráfico, 1987.

Ramírez Candia, Manuel Dejesús, *Derecho Constitucional Paraguayo*, Asunción, Ed. Litocolor, T. I, 2000.



## ESFUERZOS MUNDIALES DE HOMOGENEIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL <sup>(1)</sup>

Por José Antonio Moreno Rodríguez (2)

### Hacia una “*anarquía ordenada*”

Nuestros días atestiguan una creciente tendencia favorable a la homogeneización de soluciones jurídicas para la problemática de las vinculaciones transfronterizas de índole mercantil, que se cristaliza a través de un complejo entramado de procesos nacionales, regionales y mundiales desarrollados tanto en la órbita pública como privada (3).

---

(1) La presente contribución recoge en parte un material que será incluido en un libro sobre problemas fundamentales de la contratación internacional, en elaboración por el Dr. José Antonio Moreno Rodríguez.

(2) Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Asunción (SUMMA CUM LAUDE); Master en Derecho, Harvard Law School (Calificación de Tesis “A” – sobresaliente); Profesor Contratado del Doctorado (Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica y Facultad de Derecho, Universidad Americana); Director del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP- [www.cedep.org.py](http://www.cedep.org.py)); Ex Decano y Profesor de universidades de Derecho del Paraguay; Profesor Visitante de la Universidad de Buenos Aires; autor y coautor de obras jurídicas y monografías en el país y en el extranjero; expositor en diversos seminarios y eventos; integrante de la Lista de Árbitros y Miembro del Consejo del Centro de Mediación y Arbitraje, Paraguay; Árbitro de la Comisión Mixta del Río Paraná (COMIP); Director del estudio jurídico Moreno Ruffinelli & Asociados ([www.moreno.com.py](http://www.moreno.com.py)).

(3) Destaca Bonell como característica de nuestros tiempos las múltiples iniciativas hacia la unificación o al menos armonización de leyes nacionales (Michael Joachim Bonell, *International Uniform Law in Practice – Or Where*

Un número importante de países apunta, paulatinamente, a estandarizar cada vez más sus cuerpos normativos, para hacerlos acordes con las exigencias del comercio internacional. A nivel regional, ello resulta un imperativo inherente a los procesos de integración de países en bloques económicos y políticos, que, al menos en teoría y si se sigue el modelo europeo, se debería ir imponiendo paulatinamente a través de instrumentos vinculantes de distintas características. Y mundialmente, existen también esfuerzos de importantes organismos, tanto públicos como privados, que apuntan a reducir la incertidumbre que implica la coexistencia de regulaciones disímiles y muchas veces contradictorias. A lo cual debe sumarse el fenómeno, de las últimas décadas, del imponente desarrollo de un régimen jurídico de la contratación internacional emergente de la consolidación gradual de usos mercantiles y de precedentes, sobre todo derivados del arbitraje comercial, a los que se adhieren las partes al hacer uso de la autonomía para contratar— prevista en sus respectivos ordenamientos jurídicos locales—, y la consecuente libertad para fijar el contenido y el régimen normativo que se aplicará a sus acuerdos.

El fenómeno no se reduce al plano normativo: existen también emprendimientos que apuntan a homogeneizar técnicas interpretativas y a acercar el entendimiento de cómo se opera técnicamente en los distintos regímenes jurídicos, con lo que adquiere un notorio auge en estos tiempos la utilización de los aportes del de la disciplina conocida como derecho comparado.

Expresa David que algunos ven todo esto como una mera quimera; pero que, sin embargo, la posición quimérica es más bien de las personas que juzgan poder perpetuar en el estado actual del mundo una situación de anarquía en las relaciones internacionales del derecho. No se trata de unificar todo el derecho mundial a través de un legislador global, sino de, por distintos métodos y con gran flexibilidad, realizar progresos con apoyo del derecho comparado y sus diversas técnicas (4).

---

the Real Trouble Begins, *The American Journal of Comparative Law* (38 *American Journal of Comparative Law* 865 (1990), pg. 865).

(4) René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. Carvalho, 4ª Edición, Editorial Martins Fontes, Sao Paulo, 2002, pgs. 11-12. Lerminier, quien encabezó el proyecto comparativo francés de 1832, expresó en 1836: “Podemos decir que habrá un Estado mundial, y decirlo no simplemente como una quimera o utopía, sino como un hecho real y poderoso” (ver Mireille Delmas-Marty, *Comparative Law and the Internationalisation of Law in Europe*, en Mark Van Hoecke

Cabe advertir que la tendencia homogeneizadora no ha estado exenta de contradicciones, presentes primordialmente en países de menor desarrollo, cuyos regímenes jurídicos, al ir de contramano con las tendencias preponderantes internacionalmente, no hacen sino imponer gravámenes adicionales –por la inseguridad jurídica generada y otros factores que serán destacados– a su situación económica desventajosa, lo cual en muchos casos llega incluso a aislarlos de gran parte de los beneficios del comercio internacional.

A esta suerte de *anarquía ordenada* (5) –o al menos en proceso de ordenación– del derecho comercial internacional de nuestros días se ha desembocado luego de vaivenes históricos que merecen una breve referencia.

### **Evolución histórica**

Está visto que el derecho romano influyó fuertemente en el sistema de derecho civil; e incluso, de alguna forma, llegó a incidir en la jurisprudencia de equidad o *equity* desarrollada por magistrados anglosajones, como así también en círculos académicos del llamado *common law* de origen inglés (6).

Ahora bien, el derecho romano de la Edad Media europea es, principalmente, el que resultó objeto de recepción y difusión en círculos académicos con el trabajo de los llamados “Glosadores” de la Italia de comienzos del segundo milenio. En gran parte, otro constituía el fenómeno jurídico en la

---

(Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pg. 247).

(5) El término “anarquía ordenada” ha sido felizmente acuñado por economistas, al hacer alusión a la economía de mercado, en contraposición a la de planificación centralizada. Pues bien, los complejos fenómenos de estandarización jurídica internacional tampoco responden, al menos en su conjunto, a una planificación centralizada a nivel global.

(6) En la vigencia subsidiaria del Derecho romano se destaca la diferencia decisiva –entiende Coing– entre el llamado *civil law* y el *common law* inglés. En el curso de la Edad Media éste consiguió más o menos validez exclusiva por medio de la jurisprudencia de los tribunales reales, colocándose en el puesto de los derechos locales también existentes originariamente en Inglaterra. El Derecho Romano ciertamente fue un Derecho común subsidiario en el continente europeo de la Edad Media, pero nunca ni en ningún lugar tuvo una vigencia exclusiva cronológica y espacial (Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo*, T. I, Editorial Fundación Cultural del Notariado, 1996, pg. 38).

práctica, localizado o circunscripto en innumerables jurisdicciones, varias de ellas superpuestas debido a la ausencia de gobiernos centralizados que generaran normas jurídicas de aplicación uniforme.

Se explica, pues, la enorme importancia –resaltada por Wiaecker–, de la labor desplegada por los académicos italianos del medioevo, llamados “Posglosadores”, quienes adaptaron el Derecho romano a la praxis de entonces, convirtiéndolo así en un derecho común (*ius commune*) para la época, a la par que fueron racionalizando cada vez más la multitud de Derechos particulares europeos no romanos.

Este *ius commune* tenía un valor supletorio de existir vacíos en la regulación local, amén de constituir un factor de mucha influencia en materia de interpretación y de reforma (7). David lo califica como un monumento, edificado por la ciencia europea, para proveer a los juristas de modelos, de un vocabulario uniforme y de métodos, orientándolos en la búsqueda de soluciones de justicia (8).

No obstante todo ello, el clima era de mucha incertidumbre en la época, ante el caos de regulaciones locales. Los efectos perniciosos de este esquema medieval no se hacían sentir mayormente en las relaciones civiles de familia y de propiedad, sino más bien en las actividades de intercambio comercial, que requerían de reglas de juego claras, uniformes y desprovistas de resabios del formalismo antiguo. Como reacción, adquiere un imponente desarrollo entonces el derecho comercial, emergente de prácticas aceptadas uniformemente por comerciantes de Italia y luego de otros países occidentales, en paralelo a las reglas que gobernaban las relaciones civiles, relegadas al fundo familiar y a las vicisitudes de una economía agrícola.

Roma había impuesto la uniformidad jurídica de gran parte del mundo civilizado a través de la conquista. Ihering ha llegado a resumir la importancia y misión de Roma como “el triunfo de la idea de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades” (9). Sin embargo, la caída del imperio roma-

---

(7) Esto último llega a su máxima expresión con el proceso codificador de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX (Franz Wiaecker, Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna, Editorial Comares S.L., Granada, 2000, pgs. 52 y 53).

(8) David, obra citada, pg. 45.

(9) Rudolf von Ihering, El espíritu del derecho romano, Volumen 1, Oxford University Press, Ciudad de México, 2001, pg. 1. Sobre la evolución del *ius*

no hizo añicos con la estabilidad jurídica alcanzada, hasta que, con el tiempo, las necesidades del comercio, casi espontáneamente, reintroducen normas uniformes, circunscriptas, eso sí, a la órbita comercial y con un carácter fuertemente consuetudinario.

Como regla, la aplicabilidad de estas normas no reconocía circunscripciones territoriales o políticas. Así como Roma tenía un derecho universal aplicado a los extranjeros, el *ius gentium* (10), los comerciantes en el medioevo llegaron también a ser gobernados por un régimen que, como regla, trascendía fronteras. Es cierto que subsistía a la sazón en cierto sentido un derecho común (el *ius commune*). Sin embargo, la autoridad del *ius commune* se basaba en la ciencia, no en poder legislativo único, ni tribunal superior competente. Se estaba, pues, por así decirlo, ante un “Derecho Científico”.

De allí la gran importancia de la Ciencia del Derecho —o doctrina— para el derecho continental. Pero ello a la vez generaba gran incertidumbre, pues la ciencia es rica en controversias, y no se cuenta con un órgano que las dirima, lo cual llevó como natural consecuencia a la codificación (11), en paralelo a la consolidación de los gobiernos nacionales en el siglo XIX.

Los Códigos Civiles del siglo XIX en Europa, sobre todo a partir del Código Francés —llamado también Código Napoleón— de 1804, contribuyen en cierto sentido a lograr la uniformidad perdida en el continente con la caída de Roma, pues los referidos cuerpos legales pasan, o a imponerse por la fuer-

---

*civile* y del *ius gentium* que termina absorbiendo a aquel con Justiniano, resulta magistral la exposición de Rodolfo Sohm, Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano, Traducción de la Séptima Edición alemana, Editorial La España Moderna, Madrid, pgs. 101-184. Ver también Pietro Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, pgs. 9-13.

(10) Marcado por el derecho helénico, los usos e instituciones comunes a los pueblos civilizados que habitaban en torno al Mediterráneo, las decisiones del pretor peregrino, etc., el *ius gentium* resultaba de incuestionable flexibilidad, debido a su carácter abierto y progresivo frente al rígido formalismo del *ius civile* (Eugenio Llamas Pombo, Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2002).

(11) Coing, obra citada, pgs. 67-68. Refiere Coing que “el Derecho Común es, como el *Common Law* inglés, un sistema jurídico universal” (Coing, obra citada, pg. 70).

za como en Bélgica en 1804, o a ser adoptados directamente por otros países como en Holanda en 1811, o a inspirar codificaciones de igual tenor, como en Italia en 1865 y España en 1889, e incluso más allá del viejo continente, como en Chile en 1855 Argentina en 1868, respectivamente.

En forma paralela, y a partir del Código de Comercio Francés de 1807 – y luego otros como el español de 1829 y alemán de 1861–, también los Estados empiezan a regular en Códigos el derecho mercantil, hasta entonces fuertemente consuetudinario, transnacional y cierta medida uniforme. La paradoja aquí, destacada por Juenger, es que al encapsular este Derecho transnacional en leyes domésticas, se “balcaniza” (12) el derecho comercial en lo que respecta a las múltiples vinculaciones internacionales, generándose como consecuencia incertidumbres en lo que respecta a soluciones disímiles en los distintos Códigos de Comercio.

Pasa a cobrar así particular preponderancia el Derecho internacional privado como instrumento para resolver las situaciones de colisión entre las distintas regulaciones (13). De allí el extraordinario desarrollo de esta disciplina en los últimos dos siglos, que no ha sido, sin embargo, suficiente, ante las incertidumbres subsistentes ante Derechos distintos cuya aplicación debe determinarse a través de complejos mecanismos, antes que contar directamente con un régimen unificado, al menos en materia comercial.

Ahora bien, la codificación llevó a que prácticamente desapareciera el *ius commune*. La doctrina perdió el atractivo de, como antes, enunciar adiciones o derogaciones del *ius commune* a su sistema jurídico local. Como lo señala David, se intentó reformular y actualizar las reglas del *ius commune* y, consecuentemente, el resultado no querido fue su desaparición, con las frecuentemente conflictivas variantes nacionales. Las universidades en cada país no enseñaron sino derecho nacional. El derecho fue visto como un fenómeno nacional, controlado por política y ligado a la existencia del Estado. Desapareció la idea del *ius commune* o de un derecho natural extraído de la idea de la

---

(12) “Balcanización” es una palabra que alude a la división territorial originada en la Europa de la posguerra, en alusión a la península de los Balcanes.

(13) Friedrich K. Juenger, *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law*, en *Contratación Internacional*, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, pg. 229.

justicia, independiente a la autoridad estatal. El Derecho internacional privado pasó a convertirse, en el ámbito mercantil, en la regulación de las relaciones de comercio internacional por voluntad de la legislatura nacional de un Estado particular... pasó a ser un sistema para determinar qué ley nacional gobierna una transacción particular (14).

En lo que respecta al derecho comercial, pasó a ser –en palabras elocuentes de Garrigues– “Un Derecho fosilizado, en el que desfilan las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios y han sido reemplazados por otros que los Códigos no registran” (15).

### **Common law**

Con respecto al *common law* o sistema anglosajón (16) la historia fue distinta. No había leyes y jurisdicciones compitiendo entre sí, porque las funciones legislativas y judiciales fueron centralizadas desde un comienzo. En tanto que el derecho privado del continente fue fraccionado en el siglo XIX, el *common law* no sufrió dicha fragmentación. No solo eso: más allá del Reino Unido, dentro de las distintas jurisdicciones del sistema anglosajón, como Australia, Estados Unidos e Inglaterra existe una recíproca cita entre precedentes judiciales.

Destaca Dalhuisen que aún hoy atan al sistema de derecho civil una historia común enraizada en el derecho romano, una metodología común preponderante que deriva de la escuela de derecho natural de Grocio, y un enfoque que se centra fuertemente en la ley, originado de los imperativos políticos del siglo XIX. Debe tenerse en cuenta que el método iusnaturalista se distancia de la casuística y del pragmatismo del derecho romano, destacándose en vez por basarse en principios generales, y su carácter deductivo, racional, sistemático y científico. La codificación, resultado inmediato del nacionalismo, convierte el derecho privado en derecho doméstico, al destruir el enfoque universalista del *ius commune* y del iusnaturalismo, especialmente en lo

(14) David, obra citada, pg. 4.

(15) José Carlos Fernández Rozas, *ius mercatorum*, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales, Editorial Colegios Notariales de España, pg. 2003, pg. 46.

(16) Los abogados ingleses –comenta Graveson– se preguntan por qué del nombre si los anglosajones históricamente han venido e ido a y de Inglaterra, pero quedó pequeño o ningún trazo después de 1100 D.C. (Graveson, obra citada, pgs. 2-3).

que se refiere a recurrir a principios superiores o generales y a las costumbres. El derecho civil se vuelve, pues, muy diferente al *common law*, en que la equidad (*equity*) y la costumbre seguían operando al lado del derecho expresado en leyes, solo dominante si resultaba imperativo. Ello explica por qué los civilistas son más orientados a las reglas abstractas que a las circunstancias concretas del caso, y que busquen la coherencia lógica en los sistemas jurídicos. En el *common law* las leyes buscan consolidar el derecho, pero no prevenir su desarrollo en fuentes alternativas (17).

De allí que haya sido señalada como diferencia fundamental entre el derecho comercial del derecho civil y el *common law* en el rol de la codificación en uno, y de la costumbre en el otro, que hasta puede ser derogatoria, conforme lo establece el artículo 1-102 (2) (b) del Código de Comercio Norteamericano (UCC) (18). Sin embargo, debe hacerse notar nuevamente que en tiempos recientes se ha venido produciendo un incremento de importancia de las leyes o “*statutes*” (19).

### **Cambios en el siglo XX y en tiempos actuales**

El Siglo XIX había generado cambios causados por lo que Fernández Rozas se refiere como “doble causalidad político-jurídica de signo diverso y en cierto modo antagónica”. Tal es el fraccionamiento en Códigos de Comercio, por un lado; y por el otro la unificación de fuentes legislativas en el ámbito del derecho privado patrimonial, particularmente en lo que se refiere a obligaciones y contratos.

Ello en tanto que el siglo XX se caracteriza por el cambio del tradicional modelo codificador, la incidencia de internacionalización de la economía y el intervencionismo del Estado en relaciones mercantiles, así como la llamada “descodificación” manifestada en la proliferación de leyes especiales (20). La coyuntura también pasa a ser distinta en lo que respecta a la aparición de numerosos procesos de integración regional (21).

---

(17) Dalhuisen, obra citada, pgs. 1-3.

(18) Dalhuisen, obra citada, pg. 6.

(19) Así se hace notar en Dicey y Morris, con respecto al derecho inglés de la segunda mitad del siglo XX (Albert Venn Dicey and John Humphrey Carlile Morris on *The Conflict of Laws*, Eleventh Edition under the general editorship of Lawrence Collins, Vol. 1, Steven & Sons Limited, 1987, pgs. 7-8. En los Estados Unidos es famosa la obra de Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, 1982).

Asimismo, se ha producido en el siglo XX una profundización del proceso tendiente a la uniformidad entre el derecho civil y el derecho comercial. El Código Suizo de las Obligaciones y los Contratos de 1911, y el Código Civil Italiano de 1942, cuyas metodologías han inspirado diversos cuerpos jurídicos a lo ancho de la orbe, abandonan la dicotomía entre relaciones civiles y comerciales, que ya no tenía razón de ser debido a la nueva coyuntura, en que a diferencia del caos jurisdiccional y normativo del medioevo, se contaba ya con gobiernos centralizados con potestad de dictar normas uniformes de aplicación general dentro de su respectiva circunscripción. Por lo demás, para entonces la liberación de arcaicos formalismos y otros aportes de valía del derecho comercial habían ya impregnado profundamente las estructuras del derecho civil, que abandonaba así, a través de reformas en los Códigos Civiles, de legislación especial, e incluso del desarrollo jurisprudencial y doctrinario, algunos moldes rígidos y formalismos que ya no tenían razón de ser, ante los avances en las formas de instrumentación, en los sistemas de registros públicos, en las comunicaciones y en la tecnología.

Pero, quizás de mayor trascendencia, aún otro proceso se ha iniciado sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, y promete dominar al escenario mundial de los años que se vienen. Tal es el de pasar de la uniformidad lograda dentro de los derechos nacionales, a la homogeneización internacional, fundamentalmente para las relaciones de cambio o comerciales.

### **Unificación y armonización**

Extraordinarios acontecimientos recientes vienen a sumarse a la relativa homogeneidad lograda con el proceso de codificación y con la tendencia a fusionar la regulación interna civil y la comercial en los países a semejanza de la legislación italiana y suiza. El imponente desarrollo económico mundial de tiempos recientes, los avances en materia de comunicaciones, las facilidades para el transporte terrestre, marítimo y aéreo, y la revolución informática de la interconexión virtual han marcado profundas huellas en lo jurídico (22).

(20) Fernández Rozas, obra citada, pgs 46-47.

(21) Fernández Rozas, obra citada, pg. 38

(22) En palabras de Twining, estamos viviendo ahora en un vecindario global, que aún no es una aldea global, caracterizado por procesos que tienden a crear y consolidar una economía mundial unificada, un sistema ecológico único y un complejo entramado comunicacional que cubre el globo (William Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000, pg. 4). Sobre el tema, refiere Shams que por más ya

“Globalización” –destaca Basedow– es un término generalmente usado para describir el hecho de que el creciente número de problemas sociales de hoy tienen una dimensión global y no pueden ser resueltos por soluciones nacionales. El término se refiere más bien a los efectos del proceso en lo económico, cultural, político y social antes que a sus orígenes y razones, que son cambios técnicos, en particular, aceleración tremenda y costo reducido de transporte de pasajeros, bienes y datos (23).

Al respecto, observa Galgano que los Estados no son hoy día lo soberanos que fueron en el pasado, y que sus leyes locales “*nos hacen pensar en el rugido del ratón*”, en el sentido que operan tan solo en un minúsculo fragmento de un mercado de dimensión mundial, sobre el cual no pueden incidir eficazmente. La economía clásica estaba basada en un sistema de producción, distribución y consumo local: hoy día ello se asienta fuertemente en bases internacionales, al punto que, por ejemplo, el poder impositivo de los Estados se diluye con *holdings* o grupos empresariales que transfieren los tributos de una jurisdicción a otra, o las empresas optan por asentar sus sedes de servicios en países que cuentan con un mejor ambiente en cuestiones de orden sindical o salarial, por citar ejemplos (24).

de tres décadas se han intensificado los siguientes fenómenos: fragmentación de procesos de producción de manera transfronteriza; el número de organizaciones no gubernamentales transnacionales ha crecido fenomenalmente; empresas con operaciones internacionales han incrementado sus activos al punto que varias de ellas exceden el producto interno bruto de varios países; organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio están adquiriendo mayores poderes y competencias; la tecnología de la comunicación está progresando a un ritmo sin precedentes; los países alrededor del mundo están cambiando sus regímenes regulatorios hacia una mayor liberalización; gobiernos nacionales individuales se ven crecientemente incapaces de controlar sus territorios y reforzar sus políticas nacionales, etcétera (Heba Shams, *Law in the Context of “Globalisation”: A Framework of Analysis*, en *The International Lawyer*, Volumen 35, No. 4, pgs. 1589-1590).

(23) Jürgen Basedow, *The Effects of Globalization on Privat International Law*, en *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Edited by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, pg. 2.

(24) Francesco Galgano, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2000, pg. 13.

La dilución de fronteras en materia comercial genera cada vez con mayor ímpetu relaciones contractuales de diversa índole, como compraventa de mercaderías, operaciones bancarias y financieras, servicios varios, distribución de productos, entre otras. Estas transacciones se ven fuertemente resentidas cuando entran en conflicto regímenes jurídicos disímiles, y ello se ve reflejado en los mayores costos que la inseguridad necesariamente acarrea, o en que directamente se evitan relaciones comerciales ante un trasfondo jurídico caótico. De allí que, no sin razón, se haya señalado que la materia de contratos constituye la rama del derecho que más urgentemente necesita armonización (25).

Cabe acotar que, si bien suelen ser utilizados indistintamente, en pureza, *unificación* implica la adopción de normas jurídicas comunes en más de un país o región, en tanto que la palabra *armonización* denota mayor flexibilidad, pues no alude necesariamente a textos uniformes, sino a la aproximación de criterios jurídicos apoyándose en bases comunes, leyes modelos o doctrinas uniformes (26).

### **Mecanismos de unificación y armonización**

Los *tratados internacionales*, como instrumentos por los cuales los Estados convencionalmente adoptan normas comunes, son los más aptos para lograr la unificación, pero presentan el inconveniente de la dificultad de su ratificación, debido a peculiaridades propias de cada país; además de su inflexibilidad para adaptarse a mutaciones en la actividad mercantil que requerirían, a su vez, de un engorroso proceso de cambio en la propia convención de que se trate. Debe considerarse que negociaciones difíciles entre países con tradiciones jurídicas diferentes muchas veces llevan a que se transija y que, como consecuencia, el texto final del tratado contenga concesiones que, además de no ser las más aptas, lleven a que las partes insatisfechas rechacen finalmente su ratificación. En esfuerzos por obtener ratificaciones, se idean

(25) Ver Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Comision on European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, 2000, introduction, xxv.

(26) Alejandro Garro, Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades, Conferencias y Seminarios del Centro de Estudios e Investigaciones de Derecho Comparado y Extranjero (www.cnr.it), dirigido por M.J. Bonnell, Nota 4. Sobre diferencias entre unificación y armonización puede consultarse asimismo en Fernández Rozas, obra citada, pgs. 160-161.

varios mecanismos como las “reservas”, que terminan atentando contra la unificación, amén de crear una falsa ilusión de unidad. También los redactores suelen excluir tópicos que no cuentan con consenso, lo cual lleva a que, aunque los tratados sigan proliferando, sean muy estrechos en cuanto a su alcance (27). Por lo demás, las convenciones internacionales en materia mercantil buscan cristalizar normativamente usos, costumbres o prácticas del comercio. Pero no las redactan los miembros de la comunidad cuyos usos son supuestamente recogidos, sino los Estados, y no resulta poco común de que las convenciones fallen en ganar aceptación precisamente porque no reflejan las prácticas o percepciones de la comunidad mercantil dominante (28).

De allí los tres problemas centrales –resaltados por Jayme– que presenta la unificación a través de tratados internacionales: uno que para producir el efecto pretendido deben interpretarse uniformemente en los distintos países que las ratifican; dos que muchas son desconocidos en la práctica, incluso por jueces; y tres que envejecen y son más difíciles de modificar que una ley interna (29). Fernández Rozas lo sentencia en estos términos: existe un “exceso de cantidad y defecto de calidad” en los tratados (30).

Otro mecanismo ideado, el de las *leyes uniformes*, como por ejemplo las de Ginebra relativas a letras de cambio (1930) o cheques (1931) (31), parece descartado en la actualidad – dice Pendón Meléndez – dado lo radical de su planteamiento que implica una renuncia del Estado soberano de su potestad legislativa al tener que adoptar íntegramente el texto propuesto (32).

---

(27) Benedicte Fauvarque-Cosson, *Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple*, *American Journal of Comparative Law*, Summer, 2001, 49 Am. J. Comp. L. 407, pg. 412.

(28) Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 ICLQ 1, pg. 22.

(29) Erik Jayme, *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne*, *Cours général de droit international privé*, *Recueil Des Cours*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pg. 69.

(30) Fernández Rozas, obra citada, pgs. 441-442. El mismo enumera siete problemas con los tratados, entre ellos el eventual conflicto de convenciones (ver Fernández Rozas, obra citada, pgs 172-173).

(31) Una excelente reseña histórica y comparada de los títulos de crédito y los esfuerzos internacionales de unificación de su régimen jurídico puede encontrarse en Hector Cámara, *Letra de Cambio y Vale o Pagaré*, T. I, Ediar S.A., Buenos Aires, 1970, pgs. 83 y ss.

Para paliar este inconveniente se concibió la figura de las *leyes modelo*, redactadas por organismos de prestigio –como por ejemplo UNCITRAL– que las recomienda, no obstante lo cual muchas veces no se logra con ellos una adecuada homogeneización, puesto que los legisladores nacionales pueden corregirlos, adaptarlos o incluso descartar sus soluciones (33), peligro que se acrecienta cuanto más general sea la materia tratada. Se consigue, pues, normalmente a través de las leyes modelo una armonización antes que unificación.

Advierte David que la distinción entre unificación y armonización es más bien teórica, debido a las reservas de las convenciones, los cambios en las leyes modelo, y factores análogos (34).

La armonización también se logra, de manera cuasicoactiva, en procesos regionales, al imponerse la obligación a los Estados miembros de ciertos bloques –como la Unión Europea– de adoptar textos conforme a determinadas pautas o bases, a través de las denominadas “Recomendaciones”.

Pero también se armonizan espontáneamente las legislaciones locales, cuando se las cambia para sintonizarlas con cuerpos normativos preponderantes en determinadas materias, lo cual ocurre sobre todo en la esfera mercantil.

---

(32) Cosa que no ocurre con las *leyes modelo*, que los legisladores pueden alterar y así dejar su impronta (ver Miguel Angel Pendón Meléndez, en David Morán Bovio (Coordinador), Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pg. 27).

(33) “El problema de las leyes modelo –señala Pendón Meléndez– es que, a pesar de su denominación, carecen de valor normativo y sólo persiguen servir como ejemplo –como modelo– al legislador, que podrá corregirlo, adaptarlo en su integridad o, simplemente, inspirarse en sus planteamientos –además de, evidentemente, descartarlos–. Por ello, su valor y su capacidad como instrumento unificador de los ordenamientos nacionales se matizan no solo por virtud de su adopción efectiva (y cuantitativa) por los diversos legisladores, sino además según el grado de fidelidad al texto propuesto (en palabras de Olivencia, el número de Estados que la adopten y el grado de flexibilidad con que la adapten al Derecho interno correspondiente). Su posible eficacia como técnica para la unificación radica en el prestigio del organismo que la redacta y recomienda” (Pendón Meléndez, obra citada, pg. 27).

(34) René David, Chapter 5, *The International Unification of Private Law*, pg. 35.

Como bien lo señala Schmitthoff, las transacciones comerciales internacionales van generando prácticas uniformes, las que, a su vez, impulsan la armonización de los derechos nacionales (35). Esta armonización espontánea ha recibido fuerte impulso en varios países, como México, Holanda, Alemania (36) y Estados Unidos, país en que una Comisión (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (37)) y el *American Law Institute* (38) están revisando las doce partes del Código de Comercio (*UCC – Uniform Commercial Code*) (39).

---

(35) Desde esta perspectiva, el derecho transnacional o supranacional estaría constituido por leyes uniformes derivadas de la acción paralela de varios sistemas nacionales en un área jurídica óptima para la estandarización (Schmitthoff, citado por Abul F.M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*, 14 *Am. U. Int'l L. Rev.* 657, pg. 3).

(36) Por ejemplo el recientemente aprobado Código Alemán de las Obligaciones (ver Peter Schlechtriem, *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe* (2002), *Oxford U Comparative L Forum* 2 at [www.ouclf.iuscomp.org](http://www.ouclf.iuscomp.org)), o el Código Civil Holandés de 1994.

(37) Esta Comisión, sin fines de lucro e integrada por delegados de todos los Estados norteamericanos, funciona desde 1892 y apunta a lograr la uniformidad en la regulación de los distintos Estados. Ha estado activa en cuestiones de Derecho Comercial, Derecho de Familia y Conflicto de Leyes, entre otras (ver [www.nccusl.org](http://www.nccusl.org)).

(38) El *American Law Institute* fue conformado en 1923 para el estudio y análisis de diversas áreas del Derecho norteamericano que necesitaban ser reformadas. El instituto está conformado por un grupo selecto de jueces, docentes y profesionales del ámbito jurídico, y desde su creación ha propiciado el desarrollo sistemático de normas uniformes de derecho. Frutos de sus esfuerzos constituyen los *Restatements*, cuerpos redactados por juristas que resumen el estado de distintas cuestiones del *common law* norteamericano, que tienen un gran valor persuasivo para los jueces; como así también el *Uniform Commercial Code*, o Código de Comercio, en el cual el instituto tuvo una participación activa. Desde 1947, el instituto colabora estrechamente con el *American Bar Association* (Asociación de Abogados Norteamericanos) en programas conjuntos (ver [www.ali.org](http://www.ali.org)).

(39) Particularmente el artículo segundo que trata de la compraventa, tomándose como modelos la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT, los INCOTERMS y otras fuentes internacionales (Ver artículo

## El rol de UNCITRAL

Un papel preponderante en favor de la homogeneización normativa del comercio mundial lo cumplen organismos internacionales, como las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI en español o, más difundidamente, UNCITRAL en inglés).

Creada en 1965 e integrada por representantes de países de los cinco continentes (40), UNCITRAL ha venido proponiendo tratados internacionales de capital importancia en la órbita comercial, como la Convención de Nueva York de 1958 sobre *Ejecución y Reconocimiento de Laudos Arbitrales Extranjeros*, ratificada y vigente en un importante número de países, que ha facilitado notoriamente la utilización del arbitraje como eficaz medio de resolución de conflictos comerciales internacionales.

Desde sus inicios, UNCITRAL ha priorizado sus esfuerzos hacia lograr una normativa uniforme como la resultante Convención sobre *Compraventa Internacional de Mercaderías* de 1980 (41), que establece normas para el contrato preponderante del comercio internacional (42), la que ha llegado calificarse como “un caballo de Troya (al derecho civil o *civil law*) del pensamiento jurídico del *common law*” (43), debido que gran parte de sus soluciones encuentran inspiración anglosajona. Esta convención, cuyos orígenes pueden remontarse a los estudios del emblemático comparatista Rabel, publi-

---

lo de Arthur Rosset, UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven, en [www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3.htm](http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3.htm)).

(40) UNCITRAL se reúne anualmente, alternando en Nueva York y en Viena, usualmente por sesiones de tres semanas, en que se revisan los reportes elaborados por los grupos de trabajos. Su oficina permanente se encuentra en Viena.

(41) Ver Alejandro Garro y Alberto Luis Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, pgs. 43 y ss.

(42) La referida Convención contiene 101 artículos divididos en cuatro partes: Disposiciones Generales (arts. 1 a 13), Formación del Contrato (arts. 14 a 24), Ejecución o Cumplimiento del Contrato (arts. 25 a 88) y Disposiciones Finales (arts. 89 a 101).

(43) Peter Schlechtriem, *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe* (2002), Oxford U Comparative L Forum 2 at [www.ouclf.iuscomp.org](http://www.ouclf.iuscomp.org)

cados en 1936 (44), no solo fue adoptada por un importante número de países, sino también inspiró importantes iniciativas posteriores en la elaboración de normativas uniformes de orden contractual (45), al punto que Zimmerman llega a calificarla como “el convenio más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado” (46), que –según Goode– se ha convertido en el prototipo de las disposiciones generales de casi toda la legislación subsiguiente en materia de comercio internacional (47).

Alternativamente, y debido a las dificultades con que muchas veces tropiezan los tratados en su ratificación interna por los distintos países, UNCITRAL ha venido elaborando las llamadas “leyes modelo” o textos que puedan servir de base para los países que quieran establecer una regulación acorde con estándares internacionalmente aceptados, como ocurre por ejemplo en materias de Arbitraje (1985), de Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994), de Comercio Electrónico (1996 y 1998), de Firmas Electrónicas (2001), y otras (48). Evidentemente, los Estados que adoptan textos de

---

(44) Gerber refiere al respecto que los estudios comparativos sobre el contrato de compraventa publicados ese año fueron como la Biblia de esfuerzos posteriores a la Segunda Guerra Mundial que culminaron con la Convención de Viena (David Gerber, *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language*, pg. 196).

(45) Otro tratado propiciado por UNCITRAL, de mucha incidencia en el comercio mundial, ha sido la Convención de Naciones Unidas de Transporte Marítimo de Mercaderías de 1978, conocida también como “Reglas de Hamburgo”. Más recientemente, merece particular destaque la Convención de UNCITRAL Sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).

(46) No por casualidad constituye un modelo para la propuesta de reforma del derecho de obligaciones alemán (Reinhard Zimmermann, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, pg. 119).

(47) Roy Goode, *International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1*, *Uniform Law Rev* 231, pg. 236.

(48) Un ejemplo exitoso de Código Modelo es el Uniform Comercial Code Norteamericano, del cual tuviera activa participación Karl Llewellyn, quien había en algún momento estudiado y enseñado en Alemania, recibiendo así influencia extraña al *common law* (ver Allan E. Farnsworth, *The Concept of “Good Faith” in American Law Conferencias y Seminarios del Centro de Estudios e Investigaciones de Derecho Comparado y Extranjero* ([www.cnr.it](http://www.cnr.it)), dirigido por M.J. Bonnell, pg. 2). Elaborado entre 1943 y 1952, en el año 1963 el Uniform Comercial Code había sido adoptado por todos los Estados

UNCITRAL muestran a los comerciantes del mundo, como bien lo dice Fernández Rozas, “su buena disposición y flexibilidad internacional” (49).

Suelen acompañar a las leyes modelo las *Gúías Legislativas*, que han resultado de marcada utilidad. Estas, si bien constituyen textos puramente indicativos, que suelen acompañar a una ley modelo para explicar a los legisladores internos su alcance, tienen como función facilitar la consulta del texto legal por parte del conjunto de los operadores jurídicos (50).

UNCITRAL ha trabajado en otros aportes al derecho mercantil de diversa índole, como la “*Guía Jurídica sobre la Redacción de Contratos Internacionales para la Construcción de Obras Industriales*” (51); la “*Recomendación sobre el Valor Jurídico de los Registros Computadorizados*” (1985) (52); la “*Guía Legislativa*” sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (2001) (53); las “*Notas*” sobre organización del proceso arbitral; y las “*Recomendaciones*” para ayudar a las instituciones arbitrales y otros interesados en relación con arbitrajes que se ciñan al Reglamento que, a este efecto, también elaboró este organismo internacional (54), por citar ejemplos.

De gran trascendencia ha resultado también la labor de coordinación de UNCITRAL. Ya desde sus inicios en 1966, por Resolución No. 2205 las Na-

---

Norteamericanos, excepto en Louisiana. Constituye un Código de Obligaciones y Contratos, que trata cuestiones como la compraventa, contratos bancarios, títulos de crédito, etcétera. Sin embargo, gran parte de sus disposiciones no son imperativas sino supletorias, es decir, pueden ser dejadas de lado por las partes en sus acuerdos (Ver White & Summers, Uniform Commercial Code, Third Edition, West Publishing Co., St. Paul, 1998, pg. 7).

(49) Fernández Rozas, obra citada, pg. 202.

(50) Fernández Rozas, obra citada, pg. 198.

(51) La cual proporciona a las partes sugerencias en cuanto a las formas de tratar cuestiones que se presentan antes, durante el desarrollo y en la etapa posterior a la ejecución de estos contratos. Su elaboración se debió en gran parte a los problemas existentes entre compradores en países en desarrollo ([www.uncitral.org/en-index.htm](http://www.uncitral.org/en-index.htm)).

(52) Ver en [www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ecommerceindex-s.htm](http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ecommerceindex-s.htm)

(53) Ver en [www.uncitral.org/spanish/texts/procurem/procurementindex-s.htm](http://www.uncitral.org/spanish/texts/procurem/procurementindex-s.htm)

(54) Ver en [www.uncitral.org/spanish/texts/arbitration/adrindex-s.htm](http://www.uncitral.org/spanish/texts/arbitration/adrindex-s.htm)

ciones Unidas le ha encomendado dicho rol, así como el de fomentar la cooperación entre las organizaciones activas en la unificación del derecho internacional del comercio, lo cual explica la actividad que ha tenido el organismo a este respecto (55).

Para coadyuvar en la interpretación uniforme de sus textos, UNCITRAL ha establecido un sistema de reporte de los fallos basados en aquellos bajo la denominación abreviada con las siglas "CLOUT", la cual puede ser accedida en versión impresa o a través de internet (56).

---

(55) La Resolución 34/142 de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas ha requerido al Secretario General la remisión a UNCITRAL, para cada una de sus sesiones, de un reporte de actividades de organizaciones internacionales en materia de derecho comercial internacional, junto con recomendaciones de pasos a ser tomados para que UNCITRAL cumpla su mandato de coordinar las actividades de otras organizaciones en su campo. En el año 1989, habían 26 organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales cubriendo unas ochenta materias distintas. Refiere Bonell que se presenta aquí el problema de que, cada vez mas, diversos organismos internacionales están activos en el proceso de unificación y se embarcan en él sin informar a otras organizaciones de sus iniciativas, lo cual requiere urgente de una mayor coordinación (Michael Joachim Bonell, *International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins*, *The American Journal of Comparative Law* (38 *American Journal of Comparative Law* 865 (1990), pg. 866).

(56) Al respecto, ver página web de UNCITRAL arriba referida, y también Peter Winship, *International Harmonization of Private Law, an Introduction to Transnational Legal Transactions*, Edited by Marilyn J. Raisch and Roberta I. Shaffer, Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1995, pgs. 175-180.

(57) UNIDROIT está compuesto por una Secretaría, el Consejo de Gobierno y la Asamblea General. El Consejo de Gobierno tiene a su cargo la supervisión de las políticas del Instituto encaminadas al cumplimiento de sus objetivos. Está integrado por un miembro *ex officio*, Presidente del Instituto, quien es nombrado por el Gobierno Italiano, y por 25 miembros electos, que son por lo general jueces, académicos y profesionales abogados. La Asamblea General, conformada por un representante de cada país miembro, es el órgano de última instancia en la toma de decisiones del Instituto. Vota sobre cuestiones presupuestarias, aprueba el programa de trabajo cada tres años y elige al Consejo de Gobierno cada cinco años. La Secretaría es el órgano ejecutivo del Instituto, integrada por un Secretario General, quien cuenta con la asistencia de un equipo de colaboradores. El local del Instituto, en Roma,

## UNIDROIT

Particular atención merecen los esfuerzos de un organismo con reconocida influencia mundial en la homogeneización del derecho de contratos. Tal es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido también como Instituto de Roma o –más difundidamente– como UNIDROIT, acrónimo francés de su denominación completa

Creado bajo el auspicio de la Liga de las Naciones entre las dos guerras mundiales, en el año 1926, UNIDROIT constituye una institución intergubernamental con sede en Roma (57), integrada por 59 miembros y vinculada actualmente a las Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación (58).

El Instituto tiene como objetivo –tal cual lo señalado recientemente por Kronke, su Secretario General– una “misión de paz”: el deseo y la tarea de estabilizar las relaciones entre naciones a través del comercio asentado en la confianza (59). En concreto, la institución apunta a modernizar y, cuando fuera recomendable, homogeneizar el marco normativo del derecho del comercio internacional entre Estados y bloques económicos (60). Para el efecto, UNIDROIT se concentra en el derecho privado y, solo excepcionalmente,

---

fue en su momento un obsequio de Mussolini a la Liga de Naciones (ver referencias adicionales al tema del Instituto en Peter Winship, *International Harmonization of Private Law*, en *Introduction to Transnational Legal Transactions*, Edited by Marilyn J. Raisch and Roberta I. Shaffer, Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1995, pg. 164).

(58) UNIDROIT fue creado como órgano auxiliar de la Liga de Naciones con el propósito de asistirle en su objetivo fundamental de asegurar la paz entre sus Estados Miembros. Con posterioridad a la retirada de Italia de la Liga de Naciones, UNIDROIT fue reestablecido en 1940 por medio de un acuerdo internacional que fijó los estatutos del organismo (ver Walter Rodino, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, Introducción, pg. 9).

(59) Mensaje en el Congreso para festejar los 75 años de fundación del Instituto, llevado a cabo en Roma, el 27 y 28 de setiembre de 2002.

(60) Particular énfasis en los procesos regionales a este respecto fue puesto en presentaciones durante el referido Congreso de los 75 años del Instituto, que constan en el *Uniform Law Review*, NS – Vol. VIII, 2003-1/2.

en cuestiones de derecho público, cuando están interconectadas con aquel o la distinción no resulta clara (61).

Cabe resaltar que la labor homogeneizadora del organismo se dirige hacia soluciones sustantivas o materiales, es decir, se encamina a la búsqueda de un “derecho uniforme” y solo excepcionalmente a temas de “conflicto de leyes” según el sistema tradicional de Derecho internacional privado.

El rol del instituto no se centra solo en propuestas de reformas normativas con fines de homogeneización. UNIDROIT también aspira a cumplir un papel de preponderancia como centro de investigación y diseminación de cuestiones de derecho uniforme, tendientes a lograr también interpretaciones uniformes de instrumentos internacionales por parte de jueces, abogados y otros operadores que trabajan con ellos (62). Entre sus publicaciones para dicho fin, se destaca la revista *Uniform Law Review*, de aparición periódica.

Está visto que se puede unificar –o al menos armonizar o aproximar– el derecho expresado en textos normativos recurriéndose a tratados, o a leyes modelo que los países adopten como propias, o al menos las sigan en mayor parte. Pero también existen otros mecanismos, entre los que se destacan los instrumentos no vinculantes conocidos en inglés como “*Restatements*”. De elaboración académica, éstos resumen o reformulan (*to restate*) en textos redactados de manera análoga a las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones, las tendencias preponderantes en diversos temas. Dichos “*Restatements*” pueden ser, entre otras cosas, adoptados por las partes, autonomía de la voluntad mediante; o tomados en cuenta por jueces y árbitros como expresión de los usos y costumbres internacionales, ante vacíos o vacilaciones interpretativas; o utilizados por los distintos países como inspiración para reformas legislativas con fines de homogeneización.

---

(61) Destaca Ferrari que UNIDROIT cuenta con un mandato amplio, y esto lo distingue de otras organizaciones, pudiéndose afirmar que no hay ninguna rama del derecho privado inicialmente excluida del ámbito de competencia del instituto (Luigi Ferrari Bravo, La contribución de UNIDROIT al proceso de unificación del derecho privado, Frédérique Mestre y Patricia de Seume, Edición, Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?, UNIDROIT, 1998, pg. 14).

(62) Ferrari, obra citada, pgs. 14, 18.

Pues bien, en materia contractual, resaltan los “Principios”, publicados en 1994 –y ampliados en 2004– por UNIDROIT, que constituyen un *Restatement* de la materia.

La homogeneización y otros organismos públicos preponderantes a nivel mundial

Diversos organismos públicos internacionales se están ocupando también de homogeneizar cuestiones jurídicas que afectan el comercio internacional. Schmitthoff destaca que el derecho comercial internacional es diferente al derecho económico internacional, que constituye derecho público, concernido con tratados entre Estados sobre comercio, interviniendo organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial (63), o la Organización Mundial de Comercio, conocida también como OMC. La regulación apunta aquí a cuestiones de índole aduanera, de tipo de cambios, de cupos, de circulación de capitales y de prestación de servicios tranfronterizos, en terrenos que suelen ser indisponibles para las partes en sus vinculaciones contractuales (64).

La OMC, con sede en Ginebra, que desde 1995 ha venido a reemplazar al extinto Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (conocido también como “GATT”), cuenta con más de ciento cuarenta países miembros, que representan más del noventa por ciento del comercio mundial. La OMC tiene entre sus objetivos lograr la concertación de acuerdos internacionales para establecer normas homogéneas que permitan la circulación de las corrientes comerciales con la máxima facilidad, previsibilidad, y libertad posibles (65). En buena medida, su accionar afecta indirectamente a la contratación internacional, pues la OMC aborda cuestiones relativas al relacio-

---

(63) Clive M. Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*, II Current Law and Social Problems, 129 (1961), en Chia-Jui Cheng (ed.), *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, pg. 21.

(64) Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscasillas, *Derecho Mercantil Internacional*. El Derecho Uniforme, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, pgs. 35-36.

(65) Más allá de cuestiones de carácter estrictamente comercial, la OMC pretende no ser indiferente a las necesidades de los países menos desarrollados. Así, los acuerdos de la OMC contienen cláusulas especiales que contemplan ciertas facilidades para estos países, además de prever asistencia técnica y de formación dirigida a los mismos (ver [www.wto.org](http://www.wto.org)).

namiento económico entre Estados y bloques, en temas que trascienden el derecho privado y se relacionan como lo que se conoce como el Derecho internacional económico o expresiones análogas

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, también con sede también en Ginebra, constituye una de las dieciséis agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas, y apunta también a una homogeneización a nivel mundial. Administra 23 tratados internacionales sobre marcas, patentes, derechos de autor, y otras cuestiones que afectan la contratación internacional en materia de derechos intelectuales (66).

Merece también particular mención la labor de la *Organización de Cooperación y Desarrollo Económico*, conocida también bajo las siglas de su denominación en inglés OECD. Se encuentra integrada por treinta países miembros de alrededor del mundo, entre ellos algunos europeos, EE.UU., Canadá, México, Australia, Corea y otros. Esta organización provee a los gobiernos un ambiente en el cual discutir, desarrollar y perfeccionar políticas económicas y sociales, comparando experiencias, buscando respuestas a problemas comunes y trabajando para coordinar políticas domésticas e internacionales que cada vez más forman un entretrejido de prácticas uniformes entre nacionales. Fruto de sus esfuerzos son, por ejemplo, los principios generales que deberían ser recogidos por la regulación del derecho societario de economías en transición; como también temas atinentes a la regulación burstátil, entre los que se encuentran los principios de “*corporate governance*” relativos al buen manejo de los órganos de administración de sociedades cotizadas en bolsa. También con relación al tema de mercado de valores, OECD ha propuesto pautas a ser observadas en la regulación de Internet (67).

---

(66) Ver [www.wipo.org](http://www.wipo.org).

(67) [www.oecd.org](http://www.oecd.org). En la órbita bancaria, merece particular destaque el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, establecido en el año 1974 por los Gobernadores de los Bancos Centrales de diez países. El referido comité carece de autoridad formal alguna de supervisión y sus conclusiones no tienen fuerza jurídica. Se limita a formular estándares y pautas generales de supervisión, contando con que los distintos países los implementarán en sus sistemas nacionales de la manera más adecuada para los mismos. De tal manera, el Comité apunta a la convergencia de los sistemas de supervisión con el objetivo de alcanzar un mayor nivel de seguridad y solidez de los mismos, sin pretender una armonización detallada de los mecanismos nacionales de supervisión. En el año 1988 el Comité introdujo reglas relativas al capital de los bancos y a evaluación de riesgos de su actividad. Más de ciento veinte

## **Esfuerzos de instituciones privadas**

Los esfuerzos por lograr la uniformidad en materia comercial no son solo organizaciones internacionales o del sector público, sino también de la esfera privada.

Así por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (ICC en inglés, CCI en español), una organización no gubernamental con sede en París –con más de 7000 miembros en 130 países–, ha aprobado numerosos cuerpos normativos que, haciendo uso de la libertad contractual, son incorporados a las relaciones comerciales por las partes, como ocurre por ejemplo con las reglas relativas a INCOTERMS (que aluden a términos estándares de intercambio usados en el comercio internacional (68)), a cartas de crédito documentarias (69), etcétera (70).

---

países han implementado ya dichas reglas a través de su adopción por la vía normativa. La *Organización Internacional de Comisiones de Valores* (IOSCO), por su parte, cuenta con importantísimos instrumentos de trabajo que sirven de valiosa guía para cualquier intento de regulación con miras a contar con una normativa de vanguardia en temas relativos al mercado de valores (ver [www.iosco.org](http://www.iosco.org)). Otros esfuerzos en la materia son los de nivel hemisférico, a través del Consejo de Autoridades Reguladoras de las Américas, o COSRA (institución análoga a la IOSCO en este continente) y los de nivel regional. A este respecto, el MERCOSUR cuenta con las Decisiones 8 del año 1993 y 13 del año 1994 y subgrupos de trabajo que han avanzado bastante en estos temas

(68) Como FOB (Free on board-libre a bordo), CIF (Costo, seguro y flete), etcétera. Merece también particular mención el Proyecto de Comercio Electrónico (ECP) de la Cámara de Comercio Internacional comprende diversas iniciativas. Por ejemplo, los E-terms, publicados en el E-Terms Repository Guidebook, constituyen pautas y lienamientos contenidas en un depósito virtual (LIBRAR-e), que son puestos a disposición de quienes así lo opten que pueden incorporarlos por referencia a sus contratos. Otra iniciativa, análoga a la de INCOTERMS es GUIDEC II, o usos generales para el comercio electrónico internacional (General Usage for International Digitally Ensured Commerce), lanzados en el año 1997 y revisados en 2001.

(69) Las reglas uniformes para el uso de cartas de créditos documentarias, publicadas por la ICC en el año 1993, son conocidas como UCP 500. Las reglas fueron adoptadas por UNCITRAL el 13 de julio de 1994. Como complemento, la ICC elaboró eUCP, aplicable a documentación electrónica.

Refiere Bonell que si bien estos instrumentos son muchas veces satisfactorios, y lo suficientemente neutrales en cuanto a su forma y sustancia, solo ofrecen una solución parcial debido a su alcance limitado. Ello debido a que presuponen la existencia de un marco regulatorio contractual más general, razón por la cual, aún cuando sean aceptados dentro de ciertos sectores de comercio, como la banca, pueden entrar en conflicto con principios básicos y regulaciones de orden local en materia de obligaciones y contratos (71). De allí —expresa Gandolfi— la imposibilidad de unificar el derecho internacional de los contratos vía formularios o contratos tipo (72), porque se apoyan en derechos internos y como tales en líneas diferentes, lo cual no coayudava a la unificación (73).

También existen formularios estándares aceptados por determinados círculos económicos, como las *condiciones de contratos internacionales para la construcción de obras de ingeniería civil*, del año 1987, elaboradas bajo auspicio de la Federación Internacional de Ingenieros-Consejeros (FIDIC), conocidas comúnmente como *Contrato FIDIC* (74); o los formularios estándares internacionales de la *Grain and Feed Trade Association* con respecto a productos agrícolas, también de gran utilización en el comercio exterior (75).

Sin embargo, se ha destacado que estos instrumentos no resultan muchas veces una alternativa satisfactoria, puesto que se encuentran predominantemente redactados por empresas o por asociaciones de empresas que operan en los más importantes centros comerciales e industrializados del mundo, lo cual lleva a que, en la mayoría de los casos, su contenido sea de formulación y en beneficio unilateral, además de que su redacción se encuentre inevitablemente influenciada por conceptos jurídicos de los respectivos países de origen (76).

---

(70) Otro organismo privado muy influyente en su área es el Comité Marítimo Internacional (IMC en inglés, CMI en francés y español).

(71) Cita a Berger (ver Michael Joachim Bonell, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice*, www.unidroit.org, pg. 2).

(72) O vía doctrina o jurisprudencia, por idénticos fundamentos.

(73) Citado por Noemí Lidia Nicolau, *Un “Código de los Contratos para el MERCOSUR”*, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, Asunción, 1996, pg. 266-267.

(74) Ver www.fidic.org.

(75) Ver www.gafta.com.

Debe considerarse también que existen diferentes instituciones que pueden elaborar cada una documentos estándares, inconsistentes con los de las otras, y que de todos modos las partes pueden alterar su contenido. Por ello, no existe garantía de homogeneidad incluso dentro de áreas en particular del comercio (77).

Análogos problemas a los descritos en los párrafos precedentes presentan muchas veces los lineamientos contractuales trazados por el Banco Mundial (78) y por organismos de financiación europeo (79).



---

(76) Michael Joachim Bonell, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice*, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), pg. 2.

(77) Pueden verse críticas a los formularios o contratos de adhesión en Lord Justice Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*” en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (eds Bos and Brownlie), cap. IX, pg. 158.

(78) Ver [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org)

(79) Ver [www.eurd.com](http://www.eurd.com)



## **NECESIDAD DE UN GOBIERNO GLOBAL COMUNITARIO (\*)**

**Por Carlos Marcial Russo Cantero (\*\*)**

### **Naturaleza y fin de la Comunidad Política según Encíclicas Papales**

Los hombres, las familias y los diversos grupos que constituyen la comunidad civil son conscientes de su propia insuficiencia para lograr una vida plenamente humana y perciben la necesidad de una comunidad más amplia, en la cual todos conjuguen a diario sus energías en orden a un mejor logro del bien común (cfr Juan XXIII, enc. Mater et magistra: AAS 53, 1961, p. 417). Por ello forman comunidades políticas según tipos institucionales varios. La comunidad política nace pues para buscar el bien común, en el que se encuentra su justificación plena y su sentido y del que deriva su legitimidad primigenia y propia. El bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección (cfr *ibid*).

Pero son muchos y diferentes los hombres que se encuentran en una comunidad política, y pueden con todo derecho inclinarse hacia soluciones diferentes. A fin de que, por la pluralidad de pareceres, no parezca la comunidad política, es indispensable una autoridad que dirija la acción de todos hacia el bien común no mecánicamente o despóticamente, sino obrando principalmente como una fuerza moral, que se basa en la libertad y en el sentido de responsabilidad de cada uno.

Es, pues, evidente que la comunidad política y la autoridad pública se fundan en la naturaleza humana, y por lo mismo, pertenecen al orden previsto

---

(\*) Continuación de la revista anterior.

(\*\*) Catedrático de Derecho de la Integración y de Derecho Político Internacional.

por Dios, aun cuando la determinación del régimen político y la designación de los gobernantes se deja a la libre designación de los ciudadanos (cfr. Rom 13, 1-5).

Síguese también que el ejercicio de la autoridad política, así en la comunidad en cuanto tal como en las instituciones representativas, debe realizarse siempre dentro de los límites del orden moral para procurar el bien común – concebido dinámicamente –según el orden jurídico legítimamente establecido o por establecer. Es entonces cuando los ciudadanos están obligados en conciencia a obedecer (cfr. Rom 13, 5); de todo lo cual se deducen la responsabilidad, la dignidad y la importancia de los gobernantes.

Pero cuando la autoridad pública, rebasando su competencia, oprime a los ciudadanos, estos no deben rehuir las exigencias objetivas del bien común. Les es lícito, sin embargo, defender sus derechos y los de sus ciudadanos contra el abuso de la autoridad, guardando los límites que señala la ley natural y evangélica.

Las modalidades concretas por las que la comunidad política organiza su estructura fundamental y el equilibrio de los poderes públicos pueden ser diferentes, según el genio de cada pueblo y la marcha de su historia. Pero deben tender siempre a formar un tipo de hombre culto, pacífico y benévolo respecto a los demás para provecho de toda la familia humana (Gaudium et spes, 74).

Los antiguos paradigmas mantienen el estado actual de cosas e impiden los cambios importantes. Las viejas instituciones deben tomar una nueva forma o ser reemplazadas por otras que se basen en un nuevo paradigma. Ello se ilustra mejor a través de lo expresado por Waltz, en su ponderable obra “Teoría de la Política Internacional”, ampliamente abordada en esta investigación, al decir: “En tanto las teorías que sustentan las interacciones entre Estados en el marco de la Política Internacional, continúen atrapadas en el pensamiento analítico y lineal, la gestión política, derivada de aquellas, no solo obstaculizaría la visión de los cambios necesarios, sino que causaría un creciente deterioro de los soportes ideológicos y conceptuales que configuran el diseño mismo de la Política. Consecuentemente, no se trata solo de cambiar la dirección de la acción política, sino los propios enfoques epistemológicos de la Ciencia Política y sus correspondientes paradigmas, en especial, aquellos que no pueden sustentar la institucionalidad del poder”.

En Latinoamérica esta realidad se traduce en las últimas experiencias de copamiento del poder (gubernamental) por parte de personas con cierto “carisma personal”, aunque desprovistas de conocimientos, experiencias y disciplina política, quienes en principio eclipsaban con esa forma de “hacer política” sustentado en los antiguos paradigmas del poder. Sin embargo, la posterior caída estrepitosa de los “improvisados” de sus frágiles pedestales, carcomidos por las termitas de la corrupción, son indicativos inequívocos, que ya empezaron a desarrollarse los procesos de la Reestructuración, con base en los cambios paradigmáticos de la institucionalidad del poder.

“Es aquí donde cobra trascendencia y coherencia el nuevo modelo institucional que suponen: Los Organismos Supranacionales, los cuales se configuran en un renovado paradigma, que funcional y estructuralmente requiere una política orientada a la conformación de los Estados Comunitarios.

Esto nos lleva a comprender mejor que los cambios deben iniciarse en los propios paradigmas organizacionales y relacionales, como producto de los cambios macroinstitucionales e intrainstitucionales, que devienen del proceso irreversible de la globalización mundial. No es posible separar el comercio, la inversión, las tasas de interés y los tipos de cambio; su coordinación debe ser global para ser eficaz.

Un ejemplo determinante de lo expresado precedentemente constituye en el Sistema Europeo de Integración la emisión de una moneda única para toda la región. Sabemos que ésta se produce como consecuencia necesaria del alto nivel de integración alcanzado. Considerando que esta facultad de emitir moneda fue atributo exclusivo de las soberanías nacionales, deducimos con certeza que la Emisión del Euro (nueva moneda única, en proceso de transición) configura un claro modelo de decisión supranacional que trasciende lo meramente económico, para configurar una instancia supranacional de decisión política.

Este es el modelo institucional que proponemos para un gobierno mundial; el mismo debe tener una organización similar a la de la UE y su teoría política, para garantizar su excelencia democrática, a nuestro criterio debe sustentarse en un paradigma comunitarista como la aristotélica y sus estructuras relacionales con todos los pueblos del mundo, debe basarse en Organismos Supranacionales Regionales de Integración.

## **La Unión Europea, ante la Necesidad de un Gobierno Global Comunitario**

“La Unión Europea empezó siendo parte del sistema bipolar, pero debería considerarse hoy como una respuesta a la globalización. Lo que importa no es tanto que defina un ente, “Europa”, sino su tarea de estar desarrollando instituciones sociales, políticas y económicas que trascienden al Estado-nación y llegan hasta el individuo. Creada por la cooperación entre gobiernos nacionales, es mucho más que una asociación regional de Estados. Por supuesto la UE tiene sus problemas; *se ha dicho que si ella misma solicitara incorporarse se le denegaría la entrada, porque no es suficientemente democrática*. No obstante, incluso con su actual perfil, ofrece un modelo susceptible de una ampliación más general, y podría tener un papel directo en ofrecerlo.

La UE ha adquirido una creciente importancia en la vida de sus ciudadanos al mismo tiempo que pierde respaldo popular. Es responsable de más del 75 % de la legislación económica que afecta a sus Estados miembros, y del 50 % de toda la legislación interna. A pesar de ello, las encuestas muestran que en la mayoría de los países miembros hay menos entusiasmo por la UE del que solía haber; *con dos o tres sociedades moviéndose en sentido contrario*. Las razones que normalmente se aportan son la falta de democracia en la UE y su lejanía de las preocupaciones de la gente corriente. Pero vista en el contexto de la globalización, y vuelta más sensible a las preocupaciones cotidianas de los ciudadanos, la UE es tan importante por su papel político como por el económico, porque en este aspecto va delante del resto del mundo. Está promoviendo formas de gobierno que no se ajustan a ningún molde tradicional. Los países miembros de la UE tienen una fuerte motivación para comportarse como naciones cosmopolitas, tanto fuera como dentro del contexto europeo.

Jos de Beus, autor del Programa Electoral de 1984 del Partido Laborista holandés, dice que hay tres trampas que los socialdemócratas deberían evitar al considerar el futuro de la UE:

1º) El pensamiento sujeto a presiones; *la globalización significa que la UE debe sucumbir a las presiones del mundo global, en lugar de tratar de influir en él de forma independiente*.

2º) El pensamiento ilusorio; *el mercado único, el euro y el Banco Central Europeo fomentaran automáticamente ideales democráticos*.

3º) El fatalismo; *la UE es enemiga de la socialdemocracia, así que la meta de los socialdemócratas deberla ser devolver el poder de las naciones individuales.*

De Reus tiene razón al sugerir que el futuro de la UE es abierto. Durante el período de la Guerra Fría, las limitaciones democráticas de la UE no eran una barrera significativa a su evolución. Las decisiones acordadas por los gobiernos nacionales “en Bruselas” eran aceptadas por los votantes. En los años noventa, esta situación ya no se mantiene. Parte de la solución, como sugieren muchos, debería consistir en atribuir un mayor poder al Parlamento Europeo con una organización transnacional de partido más eficaz. Las federaciones transnacionales de partidos probablemente se hagan más fuertes. En la actualidad, las elecciones del PE se libran como “torneos nacionales de segundo orden” en lugar de como “elecciones europeas”. La evidencia proveniente de encuestas en países diferentes de la UE señala que es la percepción de la falta de importancia en las elecciones del PE lo que aparta a la gente de las urnas.

La prevista incorporación de países de Europa Central y del Este a la UE es obviamente un gran reto. Los países que aguardan una pronta entrada incluyen a la República Checa, Estonia, Hungría, Polonia y Eslovenia. A otros cinco países –*Bulgaria, Rumania, Eslovaquia, Letonia y Lituania*– se le han asignado recursos para ayudarles a preparar su entrada. La mayoría de estos países tienen un PIB que alcanza un tercio o menos de la media actual de la UE. Por otra parte, se están esforzando casi sin excepción por introducir instituciones liberales democráticas y principios de mercado. Incluso aquellos que parecían estar haciendo la transición con el mayor desahogo, como la República Checa y Polonia, están encontrando problemas tanto a nivel político como económico.

Las tensiones que inevitablemente causará la “ampliación” podrían hacer que todo el proyecto europeo fracasara. Pero la ampliación podría beneficiar a la UE al añadir fuerza a los procesos de reconstrucción. Después de todo, como se mencionó anteriormente, no deja de ser irónico que una organización no democrática imponga criterios de democracia a otras. La incorporación de sociedades de Europa Central y Oriental podría ser un estímulo para democratizar y remodelar las instituciones de la UE. *“Si la ampliación quiere tener éxito, la UE debe abordar las complejas y espinosas cuestiones de la identidad social y cultural, función y legitimidad y las dudas e inquietudes que provocan en Europa”.*

Pasada la revisión del modelo de integración regional que ofrece la UE, es válido desafiar un estadio superior de abordamiento, como es el caso de un modelo casi teórico, pero de notable interés práctico, que ha dejado de ser una utopía de la integración para pasar a ser un desafío de nuestro tiempo. Nos referimos al GOBIERNO GLOBAL.

Que la configuración básica de las instituciones de la UE vaya a cambiar sustancialmente durante los próximos años, es algo que no sabemos. La división de los poderes en la UE puede necesitar una reestructuración profunda, a tenor de los elementos que lo constituyen. Pero también es posible que un sistema más completo de gobierno global tuviera el mismo sistema formal que ya posee la UE: un cuerpo representativo (el Parlamento), uno administrativo (la Comisión), una asociación intergubernamental (el Consejo) y tribunal federal (el Tribunal de Justicia). Este esquema institucional por supuesto definiría, a un nivel mundial, el papel y la función de los cuerpos que hoy existen. En principio, sin embargo, no es difícil ver cómo podrían ser reformados en esta dirección. Por ejemplo, la OMC, el FMI y el Banco Mundial podrían estar integrados en un solo cuerpo, mientras lo que es actualmente la ONU podría dividirse en un Parlamento y un Consejo. La Organización Europea de Cooperación Económica –OECE–, podría incluso ser una posible cabeza de puente hacia un orden global mayor, si absorbiera a la UE y extendiera los mismos poderes de los que disfruta ya la UE al resto de sus miembros. Para los países del sur, ésta podría ser una jugada positiva, por que ya no sería un club exclusivo, sino un grupo al que pueden incorporarse como miembros todos los países que cumplan los requisitos.

La idea de que pudiera erigirse una nueva asamblea, o parlamento, en conjunción con la ONU, se ha debatido mucho en los últimos años.

El Parlamento Europeo podría ser un modelo para la formación de tal asamblea parlamentaria. Podría establecerse inicialmente como un cuerpo subsidiario de la Asamblea General, amparado por el Art. 22 de la Carta de la ONU. Los Parlamentos de los Estados miembros enviarían antes que nada representantes que elevarían propuestas para una asamblea elegida directamente. El sistema electoral sería similar al del Parlamento Europeo, con el número de diputados por cada país proporcional a su población, y una medida correctiva establecida a favor de los países más pequeños.

La institución de un Tribunal de Justicia efectivo sería un paso crucial para acompañar a la Asamblea Mundial. El Tribunal Internacional de justicia sigue representando una concepción intergubernamental del derecho, a pesar

del hecho de que los Tribunales de Nuremberg y Tokio establecieron el principio de jurisdicción sobre los individuos y sus Estados. El Tribunal erigido para investigar y perseguir las violaciones de las leyes internacionales de derechos humanos en la antigua Yugoslavia, tiene poderes análogos. Podría, y debería, formar un vínculo con el sistema de derecho cosmopolita, cuyo elemento básico es que la jurisdicción del tribunal debería extenderse a la relaciones entre los Estados y sus ciudadanos. El hecho de que la mayoría de los Estados hayan apoyado, a fecha de 1998, la formación de un Tribunal Penal Internacional, es señal de un consenso creciente sobre estas necesidades.

1) *¿Son factibles estas propuestas?*; 2) *¿Se encontraría la democracia globalizada, cristalizada, en asambleas representativas, con los mismos problemas de apatía y hostilidad con los que tropieza a nivel nacional?*

Respecto a la segunda pregunta, es esencial subrayar de nuevo la difusión bidireccional del poder. La democracia cosmopolita no es solo el movimiento del gobierno hacia un nivel mundial, sino también su difusión descendente hacia los entes locales. Los que dudan sobre tales posibilidades, deberían analizar lo que se ha logrado en la Unión Europea. Hace solo medio siglo Europa estaba postrada, recuperándose de una guerra, fruto de tensiones duraderas entre los Estados Europeos. Pero esos Estados han colaborado para crear un sistema de poder transnacional y transferido, han cedido aspectos de su soberanía y han erigido tribunales eficaces de justicia. Lo han hecho, por otra parte, no solo por idealismo, sino por interés propio e intereses parecidos incumben hoy a todos los Estados en el gobierno global.

La expansión de la democracia cosmopolita es una condición para regular eficazmente la economía mundial, combatiendo las desigualdades económicas globales y controlando los riesgos ecológicos. No tiene sentido competir con el fundamentalismo de mercado a nivel local mientras se permite que rijan en el ámbito global:

*“El laissez-faire global es un momento en la historia de la economía mundial naciente, no su momento final... lo que está más allá de la duda razonable es que organizar la economía mundial como un único mercado libre global promueve la inestabilidad. Fuerza a los trabajadores a soportar el coste de las nuevas tecnologías y del libre comercio sin trabas. No incluye medios con qué poder contener las actividades que pongan en peligro el equilibrio económico global..., supone, en efecto, poner en juego el futuro del planeta bajo la suposición de que estos enormes peligros, se resolverán como*

*consecuencia automática de la búsqueda natural de beneficios”*(13). Es difícil pensar en una postura más temeraria.

La línea de temeridad significa para Giddens el gran peligro que encierra la organización de un mercado libre global, porque supuestamente esta situación podrá ser resuelta como consecuencia de la búsqueda natural de beneficios. Frente a esta situación, como estrategia, se puede aislar y diferenciar la Propuesta de la Tercera Vía como un camino político de sustento económico. Como verificación de esta interpretación podemos decir con Anthony Giddens: “Las tensiones que inevitablemente causará la ampliación de la Unión Europea a un tamaño desproporcionado, podrán hacer que todo el proyecto fracasara. Pero esta ampliación también podrá beneficiar por otro lado a la Unión Europea, añadiendo fuerza a su proceso de reconstrucción”.

Resulta claro que el planteamiento esbozado por Giddens, incuba más que una ironía como él menciona, una verdadera paradoja cerrada y es la siguiente: “Que una organización no democrática imponga criterios de democracia a otras”.

Con la solución comunitaria de esa paradoja se arribará al comunitarismo que se distingue de esa Tercera Vía en sus propias raíces. Es así que, paralelamente, cabe consignar la importancia de buscar en las raíces del comunitarismo sus propios principios, aquellos que modelan una filosofía ‘política coherente y sobre todo que haya dado muestras de efectividad y sobrevivencia en el tiempo y en el espacio.

En este mismo sentido se manifiesta Carlos Molina del Pozo, cuando al referirse a los cambios paradigmáticos actuales manifiesta: “Ello explica la posibilidad de poner en práctica instituciones de carácter mundial como las que surgieron de los acuerdos de Bretón Woods: el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, más adelante llamado Banco Mundial, son instituciones que, como la propia ONU, prefijan la necesidad de empezar a adoptar decisiones globales, que afecten a todos los países: son embriones de un futuro Estado mundial, aun en pañales y sometido a la influencia hegemónica, pero a pesar de ello, embriones de futuras instituciones de regulación a nivel mundial.

- Más difícil fue el acuerdo institucional en materia comercial.

La Organización Mundial del Comercio no pudo ver la luz en aquel entonces y fue sustituida precariamente por rondas sucesivas de negociacio-

nes en el seno de una institución provisional, el GATT, cuya inesperadamente duradera vida se alargó hasta 1995, año en el que ha sido constituida de forma efectiva la Organización Mundial del Comercio.

¿Qué se deduce de la aparición y consolidación de estas instituciones? Aparentemente, que los Estados capitalistas comprenden por fin que se han de entender necesariamente para construir en común un marco de actuación eficiente para las fuerzas económicas que pugnan sin cesar por mundializarse.

Pero las grandes dificultades que este proceso ha tenido y tiene, muestran las fuertes resistencias de los Estados centralistas a abandonar sus prerrogativas. Los avances en la construcción de un sistema monetario internacional estable, de un desarme arancelario generalizado, de una financiación del desarrollo solidaria a nivel mundial, etc., son muy lentos.

Las instituciones nacidas tras los acuerdos de Bretón Woods, en particular el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, fueron los primeros eslabones de la cadena que ha de dotar al mundo de auténticas instituciones de regulación a nivel mundial. Sus actuaciones, por ejemplo, en la reconstrucción europea de posguerra, en la construcción de un sistema monetario internacional estable y su modificación cuando éste entra en crisis en 1971-73, la organización de la ayuda al desarrollo, etc., son ejemplos de esta pionera intervención político-económica a nivel mundial. Ciertamente, con distorsiones tales como el papel hegemónico y dominante de Estados Unidos en su seno o la clara injerencia de ambas instituciones en decisiones soberanas de los distintos Estados afectados por sus directrices, sobre todo aquellos que aplican sus planes de ajuste. Pero son precisamente tales injerencias y tal dominio lo que pone en manifiesto el carácter mundial de su intervención.

Más significativo ha sido el papel jugado por las diversas Rondas del GATT. Su misión era mucho más concreta y tangible que la del FMI o del BM: se trataba de crear un marco de actuación del libre mercado a nivel mundial. Era, por tanto, el espacio en el cual se confrontaban, por un lado, los intereses de cada Estado, y por el otro, los de las grandes Empresa multinacionales, los primeros celosos de la protección de su mercado interno y los segundos necesitados de la apertura de fronteras para el pleno desarrollo del comercio mundial.

La última Ronda del GATT y la creación de la Organización Mundial de Comercio son el mejor ejemplo de la consolidación de una institución vital para el proceso de mundialización.

Pero en las instituciones que en el terreno económico significan el mayor avance de la mundialización, son las que se derivan de los diversos procesos de integración que hoy en día están en curso. El más antiguo y el más avanzado es sin duda la Unión Europea (UE) de seis países, la CECA y la EURATOM; hasta la actual UE, pasando por la comunidad europea a 9, a 12 y, por último, a 15 países, representa el mayor esfuerzo de unificación económica. Es la cristalización a nivel regional de la necesidad imperiosa de la mundialización, referida a la abolición de fronteras, de heterogeneidades legislativas y, en general, de todo aquello que se oponga al libre funcionamiento del mercado, necesidad que el gran capital europeo, no sin reticencias, ha sabido comprender y resolver.

Sin embargo, las principales dificultades para el avance del proceso integrador en Europa proceden de los celos de las instituciones estatales de los países que la forman, de sus gobiernos atrapados por la disyuntiva trágica de la necesidad de apoyar la integración, por un lado, mientras que, por el otro, son conscientes de que todo avance de la integración representa necesariamente el descenso de su soberanía que, efectivamente y a más o menos largo plazo, esta condenada a desaparecer en beneficio de una institución política y económica central fuerte, que gestione y dirija el proceso común: tal y como ocurrió cuando se crearon los Estados centralistas nacionales que hoy se intentan integrar.

Pero no se reduce a Europa el esfuerzo integrador. La otra potencia, que ha sido dominante y hegemónica desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos, se han encaminado también por la misma senda y la firma del Tratado del Libre Comercio de Norteamérica (TLCNA) es precisamente la expresión de esta necesidad. Cabe, sin embargo, entenderla también como una respuesta al reto que representa la Unión Europea para la hegemonía norteamericana.

En cualquier caso, este proceso defiere del europeo. Sobre todo por cuanto se trata de un proceso encabezado por la primera potencia mundial que, de hecho, tiende a absorber a dos economías muy diferentes: una desarrollada, el Canadá y otra subdesarrollada y periférica, México, siendo así el primer intento de integración de países con estructuras internas muy diferentes: unos, centrales, el otro periférico. Pero, en definitiva, el objetivo final del proceso es el mismo que en Europa: crear un marco libre de actuación para el capitalismo, instaurando el libre mercado sin trabas arancelarias que lo dificulten.

Japón es, a este respecto, la potencia que se encuentra más retrasada en la institucionalización de los procesos mundializadores, lo cual no obsta para que su papel como centro de una importante zona de influencia sea relevante.

Otros procesos de integración como el Mercosur e, incluso, la situación actual que atraviesan el Pacto Andino y los procesos de integración de América Central y el Caribe, son también expresión del mismo fenómeno.

En resumen, ya existen hoy los embriones de lo que han de ser las futuras instituciones mundiales que recubran el proceso de base de la mundialización. Sin embargo, estas instituciones están aun fuertemente teñidas de tintes nacionalistas de Estado. Si observamos la historia, como he señalado al inicio de estas páginas, se podrá comprobar que la unificación de los mercados internos de los países capitalistas desarrollados solo se consiguió la dirección de Estados fuertes. Las actuales instituciones internacionales son aún excesivamente débiles y fragmentarias para encabezar sólidamente este proceso. Mas parece que los antiguos Estados -nación amplían sus límites y se convierten en Estados multinacionales enfrentados entre sí en tres grandes bloques: Japón, EE.UU. y Europa. Pero aunque ello sea así, lo cierto es que a más corto o a más largo plazo será imprescindible la institucionalización de relaciones económicas que ya son mundiales. Ese es precisamente el reto del próximo futuro” (14).

“En otro orden, procuraremos dar respuesta a la segunda parte de la pregunta que da título a este apartado... y en que teoría sustentará su funcionamiento?

Según el Profesor Ruiz Diaz Labrano, la corriente doctrinaria supranacionalista surgió a partir de los principios establecidos por SAVIGNY e impulsada en la actualidad por la necesidad imperiosa de atemperar el positivismo exagerado y revalorizar al mismo tiempo principios fundamentales que tutelan el derecho de las personas, dentro de un marco de orientación internacionalista y universalista al mismo tiempo. A partir de allí tomaron cuerpo las teorías que fundamentan nuestra propuesta que describimos sintéticamente a continuación:

(a) *Teoría sobre la Comunidad de Savigny*: El gran maestro expuso su teoría respecto a la comunidad de derecho entre los pueblos, afirmando que

---

(14) Carlos Molina del Pozo - La Integración Euro Latinoamericana. pp. 143-147.

ella servirá de base a la obligación para la aplicación de Derecho Extranjero. En este sentido se demostró la existencia de una comunidad de derecho entre los Estados independientes que procuran regular en forma uniforme las colisiones de sus diferentes normas positivas, extrañas a las romanas.

Siguiendo eso, expuso magistralmente una fórmula trascendente hasta nuestro días, la de determinar para cada relación jurídica, el derecho más adecuado a su propia y esencial naturaleza.

El pensamiento de Savigny fue trascendental para la Evolución del Derecho Internacional Privado, a partir de los siguientes axiomas que sustentaron su teoría:

I. Que se debe proporcionar a cada relación jurídica un derecho adecuado a sus necesidades.

II. Que se debe asegurar que ese derecho regule siempre en todas partes a la citada relación jurídica.

Estos axiomas produjeron una verdadera revolución conceptual, porque los sistemas jurídicos entonces existentes no se ocupaban en absoluto en saber si el derecho aplicable era o no adecuado a la relación jurídica, sino sencillamente se ocupaban en determinar si la Ley tenía o no eficacia territorial o extraterritorial.

Savigny partió de la premisa de la extraterritorial de todas las leyes, sin más limitaciones que el orden público de cada ESTADO, despreocupándose en absoluto de la indagación tradicional de si la Ley tenía o no efectos extraterritoriales.

En el segundo axioma citado encontramos el fundamento de Derecho Internacional Privado y del actual Derecho de la Integración en el sentido de que la relación jurídica específica sea siempre regida en todas partes por un solo y mismo derecho, o mejor, que dichas normas jurídicas tengan carácter de supranacionales.

En esta síntesis se advierte que la susodicha teoría comentada contradice totalmente el principio de territorialidad y soberanía absoluta de los Estados, de aquella época.

Este punto de vista de una Comunidad de Derecho entre *Estados Independientes*, que buscan regular de una manera uniforme la colisión de dife-

rentes derechos positivos, era extraño a los romanos. La teoría comentada indica que sería beneficioso regular de común acuerdo la colisión de derechos y que esa labor sea desarrollada por los tratados, donde se dará con mayor frecuencia los casos de colisión.

Estas últimas teorías se conforman de acuerdo a un marco jurídico definido, el cual pasa a constituirse en el Sistema de referencia que debe configurarse a partir de la adecuación de la estructura y funcionamiento del MERCOSUR y otros organismos regionales, a las exigencias de la necesaria supranacionalidad, que indudablemente posibilitará una sólida estructura de gobierno comunitario, que será producto de la adecuación de las políticas exteriores de países asociados, a los objetivos globales de la entidad regional.

(b) *Teoría Internacionalista*: Parte de esta doctrina del hecho que a todo derecho subjetivo debe corresponder un poder jurídico que emana de un poder soberano, entendido en el orden supranacional. En el orden interno de derecho, el lugar de sujeto hacen las personas y el poder jurídico que corresponde al Estado. En el plano internacional del derecho, la posición subjetiva corresponde al Estado y el poder jurídico deriva del orden jurídico internacional (llámase comunidad, unión o mercado común).

(c) *Teoría Procesalista*: Presupone la existencia de un Tribunal, no meramente procesal, ni exclusivamente internacional, sino comunitario (tal es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), de modo que sus normas pueden ser aplicadas indistintamente en:

- Todo el territorio de la región;
- A todos los ciudadanos de la Unión;
- Con fuerza ejecutiva real e inmediata.

Así nace el Orden Jurídico Supranacional basándose en las normas, reglamentaciones y jurisprudencias de un Tribunal Supranacional Comunitario.

(d) *Teoría Pragmática (in dubio pro comunitate)*: Esta teoría propugna la necesidad de un orden supranacional basado en la necesidad real de la interrelación económica y política de los pueblos.

Considera que la fórmula del mantenimiento y sustento de grandes economías se basa en la creación de grandes mercados, lo cual es posible mediante una normativa general en la cual se desarrollan las relaciones comer-

ciales, sociales, políticas y culturales, debiendo siempre prevalecer el criterio de que en caso de discrepancias se debe estar a lo que mejor convenga a la comunidad.

(e) *Teoría Federalista*: Nacida con la comunidad Económica Europea a principios de los 50; teniendo como cuerpo el proyecto federalista presentado a partir de la CECA, basado en el diálogo y en una relación de complementariedad entre los poderes locales, regionales, nacionales y europeos.

(f) *Teoría de la Organización y el Desarrollo Integral*: Sostenida por Mario Bunge desde dos perspectivas diferentes que concilian, no solamente por haber sido elaboradas por el mismo pensador, sino fundamentalmente porque se complementan constructivamente hasta conformar una teoría sustentadora de sistemas sociales dinámicos, sean estos pequeños o de dimensión de macro escala.

Si bien en el orden cronológico Mario Bunge plantea posteriormente su Teoría de las Organizaciones Sociales Sistemáticas, ésta cobra mayor prevalencia en el abordamiento del fenómeno de la necesidad de implementar nuevas visiones o enfoques para emprender la problemática de la construcción de políticas específicas sustentadas en la integridad de las políticas globales.

Con el título “Sistemas Sociales y Filosofía”, 2 Ed. 1999, Bunge incorpora aportes esenciales en el pensamiento y la acción operando en la realidad de las estructuras sociales. El nuevo y coherente escenario provisto por el “enfoque sistémico», como herramienta de abordaje y a la vez como soporte esencial de una nueva concepción epistemológica, servirá para investigar, interpretar y actuar en los sistemas sociales de alta complejidad.

Según Bunge, ni el individualismo reduccionista ni el holismo generalista tienen cabida en el campo de opciones del enfoque sistémico, y continúa afirmando: “Es frecuente atribuir los problemas de enfoque frente a la problemática social, el argumento de – por mirar el árbol no se puede ver el bosque–, o sus antítesis – por mirar el bosque no se puede ver el árbol -, en ambas consideraciones existen estrategias que no se compadecen de la interacción dinámica y permanente entre las cosas, sus componentes y el todo o viceversa”.

Esta moderna estrategia no solo escudriña la interioridad de la estructura social de la parte en función del todo y al todo en función de las partes, sino lo que más construye un nuevo enfoque que como tal es esencialmente

diferente al todo como de sus partes. Es, en definitiva, un nuevo sistema y, como tal, precisa nuevas y adecuadas herramientas sociológicas y epistemológicas para su abordaje.

Visto el nuevo planteamiento de Bunge, es casi obligado integrar este nuevo enfoque de Organización Sistémica de lo Social, con la teoría ya conocida del mismo autor que se refiere al Desarrollo Integral, en las siguientes síntesis:

“Los países del Tercer Mundo debaten y plantean cuestiones de desarrollo, pero no siempre está claro en qué consiste ni se lo alcanza con frecuencia. Más bien, los debates prosiguen al tiempo que el abismo que separa al Tercer Mundo del resto se agiganta día a día. Sin duda esa diferencia se debe en gran medida a la inferioridad técnica y financiera de nuestros países. Pero éste no es el único factor negativo.

Hay otros obstáculos al desarrollo, que es necesario subrayar por que casi siempre se olvidan; a saber, que hay diversas concepciones encontradas del desarrollo, casi todas ellas equivocadas, no tanto por lo que sostienen, cuanto por lo que callan. En efecto, hay cinco concepciones principales del desarrollo de una sociedad humana: la biológica, la económica, la política, la cultural y la integral. Cada una de ellas se funda sobre una concepción particular de la sociedad humana. Si esta concepción es equivocada, también lo será la correspondiente concepción del desarrollo. Quienes quieran contribuir a superar el subdesarrollo, tendrán que empezar por adoptar una concepción correcta de la sociedad.

Una tesis de este abordaje asumida en esta investigación, es que tal concepción consiste en una síntesis de los puntos de vista parciales del biologicismo, el economicismo, el politicismo, culturalismo. En otras palabras, sostenemos que una sociedad es un sistema analizable en cuanto a subsistemas principales: *el biológico*, el económico, el *político* y *el cultural*. De esto se colige que el desarrollo de una sociedad es a la vez biológico, económico, político y cultural.

*Concepción Biológica del Desarrollo:* Según la concepción biológica del desarrollo, éste consiste en un aumento del bienestar y a una mejora de la salud, como resultados de mejoras de la nutrición, el alojamiento, la vestimenta, el ejercicio, los hábitos de convivencia, etc. Presumiblemente, es la concepción preferida por lo médicos higienistas. Por loable que parezca, es utópica por no ocuparse de los medios requeridos para superar el subdesarro-

llo biológico. Tómese, por ejemplo, la desnutrición crónica que afecta a tantas sociedades del Tercer Mundo. ¿Cómo ignorar que la desnutrición es a menudo resultado de una distribución inequitativa de los recursos, y otras, como el efecto de una explotación inadecuada? ¿Cómo ignorar que el poder político suele consagrar el *statu quo* económico, y que a veces logra deteriorarlo al imponer medidas que desalienten la artesanía, la industria o la agricultura? y ¿Cómo ignorar también que la desnutrición de muchas poblaciones humanas es agravada por falta de educación, que hace que se derroche en consumo de alimentos de bajo poder nutritivo? Si se tienen en cuenta todos estos factores se comprende que el subdesarrollo biológico no se corrige con medidas puramente biológicas, tales como aumentar el número de médicos, hospitales y dispensarios, sino adoptando todo un sistema multidimensional de medidas: biológicas, económicas, políticas, jurídicas y culturales.

*Concepción Económica del Desarrollo:* La concepción económica del desarrollo lo identifica con crecimiento económico, el que a su vez es igualado con frecuencia a la industrialización. Es la concepción favorita de empresarios, economistas y políticos llamados desarrollistas. También ella es falaz: del hecho de que el desarrollo económico es un componente necesario del desarrollo, se infiere que es suficiente. Para peor, es una concepción que puede aplastar al resto y con ello poner en peligro el propio desarrollo económico. En efecto, el desarrollismo económico ha impuesto a menudo ingentes sacrificios del nivel de vida, de la cultura y de la vida política, lo que es una aberración, ya que la economía debiera ser medio y no un fin (No se produce por producir sino para satisfacer necesidades básicas; y si éstas quedan insatisfechas, de nada sirve el crecimiento económico). Los buenos economistas destacan la importancia de los factores culturales e institucionales del crecimiento económico. Solo los malos economistas son economicistas.

*Concepción Política del Desarrollo:* De acuerdo con la concepción política del desarrollo éste consiste en la expansión de la libertad, o sea, el aumento y afianzamiento de los derechos humanos y políticos. Es la concepción favorecida por los políticos liberales. Es equivocada también por su unilateralidad: el progreso político, con ser necesario, no basta. De nada sirven los derechos políticos si faltan los medios económicos y culturales para ejercerlos. El progreso político no consiste meramente en afianzar un sistema multipartidario y levantar las censuras, sino en incrementar la participación pública tanto en la discusión de políticas y la toma de decisiones, como su implementación. La única manera de asegurar un derecho es cumpliendo con el deber correspondiente. Aseguro mi derecho de votar si cumplo con el deber de participar en la elección de los candidatos; aseguro mi derecho a ex-

presarme libremente si cumplo con el deber de sostener los organismos o medios de difusión que propalan mi palabra; aseguro mi derecho de protestar contra el gobierno si vivo honestamente y apoyo las actividades constructivas del Estado.

*Concepción Cultural del Desarrollo:* La concepción cultural del desarrollo no iguala con el enriquecimiento de la cultura y la difusión de la educación. Esta es la posición que suelen adoptar los intelectuales, en particular los educadores. También ella es deficiente. El escolar en ayunas no aprende bien, el adulto desocupado o sobrecargado de trabajo, no asiste a conciertos ni escribe poemas, y el maestro controlado por la censura no se atreve a buscar la verdad ni menos enseñarla. El desarrollo cultural no es pleno si no va acompañado del desarrollo biológico, económico y político. Sin duda, ha habido y habrá destellos culturales aun en las épocas más sombrías, porque el cerebro humano es esencialmente creador. Pero toda la creación está condenada a permanecer confinada o aun ser olvidada si no existen las condiciones económicas y políticas necesarias para su difusión y expansión. La zarza que arde en medio del desierto no transmuta, por sí solo, el arenal en campo fértil.

Cada una de estas cuatro concepciones del desarrollo tiene una pizca de verdad; no hay desarrollo sin progreso biológico, económico político y cultural. La industria y el comercio modernos requieren mano de obra sana y competente, y la educación - que es tanto un medio como un fin - exige apoyo económico y libertad. A su vez ésta última no come ni se goza como un bien cultural: no es una cosa sino un estado de cosas, ni un sustituto de la abundancia o de la cultura, sino un medio para gozar de una y otra. Y la cultura no puede desarrollarse vigorosamente y con continuidad allí donde no hay un mínimo de holgura económica y de libertad de creación y difusión. El desarrollo auténtico y sostenido es pues integral: a la vez biológico, económico, político y cultural.

Esta es, en resumen, la concepción integral e integracionista del desarrollo.

La tesis de la imposibilidad de impulsar el desarrollo simultáneo de los cuatro aspectos, por lo que hay que sacrificar alguno de ellos se constituye en un error costoso. No se puede alcanzar un nivel desarrollado en un solo de los cuatros aspectos, dejando los demás para un futuro incierto, porque cada uno de ellos es condición de los demás. El desarrollo es a la vez biológico, económico, político y cultural. Porque toda sociedad humana está constituida por seres vivos agrupados en tres sistemas diferentes: la economía, la política y la

cultura. La economía produce y difunde bienes y actividades culturales, y la política entendida en sentido amplio de administración de actividades sociales, lo rige todo, a la vez que depende de todo lo demás.

En otras palabras, toda sociedad humana consta de cuatro subsistemas, cada uno de los cuales interactúa fuertemente con los otros tres: el biológico, el económico, el cultural y el político. Por consiguiente, el medir del grado de desarrollo de una sociedad mediante indicadores unilaterales e independientes constituye una visión distorsionada de la realidad social e inspira ineficaces planes de desarrollo, y por lo tanto costosos. Un buen indicador del desarrollo no es número único, tal como el producto bruto neto, o el promedio de años de escolaridad, sino un vector con componentes biológicos, económicos, culturales y políticos. El ignorar o postergar cualesquiera de estos grupos de indicadores da como resultado sociedades desequilibradas, sacudidas con frecuencia por crisis destructivas y que, por lo tanto, no logran salir del subdesarrollo.

A manera de dar énfasis a lo expuesto en este apartado, debemos mencionar la teoría que sustentan los Tres Principios del Pueblo para agregar o complementar este conjunto de teorías que dan marco y significado al modelo COMUNITARISTA considerado. Especialmente en aquella dimensión metodológica que refiere la estrategia del pensamiento ecléctico que se ha podido aplicar con excelentes resultados en la República de China en Taiwán.

Finalmente, volviendo a las pautas del comunitarismo, podemos afirmar con Carlos Fuentes: “El comunitarismo es posible en la medida que sus Estados miembros sostengan una concepción universalista del derecho. Los Estados en los que exista la “*soberanía del humanismo*”, serán una comunidad que quiere participar, solidarizarse e integrarse culturalmente.

Con el comunitarismo se universaliza al hombre, se eliminan todas las formas de discriminación, de desigualdad, de degradación, de exclusión. Por ello hablamos de una organización con vocación universalista, porque reconoce los derechos humanos, porque instala una nueva igualdad, por que posibilita la calidad de “ciudadanos del mundo” y porque permite la integración intranacional e internacional. Solo con ese universalismo como fin, es posible el comunitarismo como *medio*” (15).

---

(15) Carlos M. Russo C. El Mercosur ante la Necesidad de Organismos Supranacionales, pp.

## **Modos de Organización Comunitaria**

En el modelo más avanzado de los procesos de integración, esto es el de la Unión Europea, una de las dificultades semánticas que no por ello es poco importante, consiste en la inexistencia de una terminología técnica depurada y bien establecida en la literatura especializada. Es así que es frecuente utilizar como sinónimos términos tales como “Comunidad Económica”, “Mercado Común”, “Mercado Interno”, “Comunidades Europeas”, etc., y obviamente, no lo son.

El proceso de integración pasa por diversas etapas, que van desde la primera, que crea vínculos muy tenues entre los Estados miembros, hasta las últimas, que pueden llegar, incluso, a una integración política. Los límites mínimos y máximos de estos procesos de integración no se encuentran todavía bien definidos. Para dar una pauta mínima, puede afirmarse que existe un proceso de integración, cuando hay organismos supranacionales que fijan, preparan o coordinan normas comunitarias, sin perjuicio de cuál sea la fuente formal por medio de la cual aquellas se incorporan al orden jurídico comunitario.

Sin pretender agotar el análisis de la cuestión, haremos un breve desarrollo de las diversas etapas de los procesos de integración unificando - al mismo tiempo - la terminología a utilizar en esta obra.

*Zona de libre tránsito o libre comercio.* La zona de libre tránsito o libre comercio consiste en la creación de un espacio formado por el territorio de los países miembros, dentro del cual están suprimidos los obstáculos de cualquier naturaleza (impositivos, técnicos, burocráticos, etc.), que se opongan, impidan u obstaculicen la libre circulación de los bienes o servicios. Esta zona implica también la prohibición de crear restricciones y la obligación de consensuar entre todos los miembros las reglas armonizadas que impidan las trabas a la libre circulación.

En el plano interno, es decir, en el de los Estados miembros, supone la supresión de los derechos aduaneros de los bienes o servicios que circulan entre los mismos, así como de las demás restricciones de cualquier tipo a los intercambios comerciales, las exacciones de efecto equivalente, las restricciones cuantitativas o cupos y cualquier otra que afecte los bienes o servicios originarios de los países miembros. Se incluye la totalidad del universo arancelario.

En el plano externo a los países miembros, en cambio, la protección no tiene un carácter uniforme, ya que cada Estado socio conserva la plenitud de su potestad tributaria en lo relativo a los aranceles que ingresen en el espacio de libre comercio a través de sus fronteras.

La zona de libre comercio o de libre tránsito es la primera etapa (y la que crea vínculos más tenues) de los procesos de integración. Más aun, podría afirmarse que no implica el comercio de un verdadero procedimiento de integración (90).

*Unión Tarifaria.* La unión tarifaria consiste en la adición a la zona de libre comercio de un arancel externo común, es decir, fijado de común acuerdo por todos los países miembros.

En otras palabras, a través de la unión tarifaria determinada mercadería pagará el mismo arancel aduanero por cualquiera de las fronteras que ingrese (importación) al territorio aduanero (formado por los espacios bajo soberanía de todos los Estados miembros) o, en el caso inverso, por cualquiera de las fronteras que egrese (exportación) del territorio aduanero.

La unión tarifaria implica la adopción de una política coordinada en materia de importaciones y exportaciones, lo cual – en buena medida – es un paso adelante muy importante en el proceso de integración, ya que los países miembros se desprenden de su poder tributario específico, derivado de la soberanía para delegarlo en los organismos comunitarios.

Generalmente suelen confundirse unión tarifaria con unión aduanera. Así por ejemplo, el Tratado de la Comunidad Económica Europea, en su Art. 90, párrafo primero, establece: “La comunidad se basará en una unión aduanera, que abarca la totalidad de los intercambios de mercaderías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ha dicho que “la unión aduanera implica el establecimiento de un arancel aduanero único para el conjunto de la comunidad. Esta unificación pretende conseguir la igualación de las cargas arancelarias que soportan en las fronteras de la comunidad los productos importados de terceros países.

*Unión Aduanera.* Afirmábamos en el acápite anterior que el termino unión aduanera es comúnmente utilizado como sinónimo de unión tarifaria, cuando en realidad no debe ser así, ya que la unión aduanera es una unión tarifaria pero más perfeccionada porque tiene un ingrediente necesario que le falta a esta última.

Para señalar las diferencias entre ambos conceptos vale un simple ejemplo: Por vía de la hipótesis, supongamos que todos los buques que transportan mercadería de bajada con destino final en la República Argentina o en la República Oriental del Uruguay, arriben al puerto de Santos o Porto Alegre, con puerto de destino final de su viaje y, desde allí, la mercadería siga – transportada en camiones – hasta su destino final, es decir, Argentina y Uruguay.

En igual sentido se haría el viaje de subida, en camiones hasta Santos o Porto Alegre, donde serían embarcadas, por ejemplo, hacia Europa.

Un caso similar podría presentarse en la República del Paraguay, si todas las importaciones y exportaciones de mercadería se hicieran por un puerto brasileño.

En una unión arancelaria, los aranceles de importación, en el primer caso y de exportación, en el segundo, serían percibidos por las Aduanas de Santos o Porto Alegre (puertos tomados a modo de ejemplo), ingresando tales derechos en beneficio del fisco brasileño, porque las mercaderías ingresaron al territorio aduanero del MERCOSUR por uno de los puertos de este país, pese a que el destino final de las mismas se encuentra en otros países miembros del mercado común.

Si este u otro sistema de transporte multimodal se generaliza, las aduanas argentinas, uruguayas o paraguayas, en su caso, no percibirán arancel alguno de importación o exportación, con el consiguiente perjuicio de los fiscos de esos países.

Ese sencillo ejemplo demuestra claramente que se trata de una mera uniformidad de los aranceles externos y no de una verdadera unión aduanera.

Una verdadera unión aduanera supone que “el producido total de los aranceles externos (de importación y exportación) percibido por todas las Aduanas que fiscalizan el ingreso o egreso de mercaderías al o del territorio aduanero de la comunidad, se vuelque’ a un pool o pozo común y se reparta

entre los fiscos de los cuatro países miembros», en base a algún criterio de justicia, acordado a priori por ello; v., gr., el que determine el destino final de las mercaderías importadas o el del destino inicial de las mismas, si se trata de exportación.

*Mercado Común.* El concepto de “mercado común” se halla definido como un objetivo en los Arts. 20 y 30 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

En el Mercado Común, a la libre circulación de bienes y servicios y a la unión aduanera, se agrega la libre circulación de los factores de la producción, fundamentalmente la mano de obra y el capital proveniente de cualquiera de los países miembros del mismo.

El TJCE lo definió como la fusión de los mercados nacionales en un mercado único que funcione en condiciones lo mas similares posibles a las de un verdadero mercado interior.

El Acta Única, modificatoria de los Tratados de las Comunidades Europeas, introduce el Art. 8º que define al Mercado Interior Europeo como «un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esta garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente tratado”.

*Comunidad Económica.* La comunidad económica supone la unificación de toda la política macroeconómica de los Estados miembros. En este sentido puede afirmarse que ellos han delegado en los organismos supranacionales uno de los atributos de la soberanía, que es el de la determinación de sus propias políticas comerciales, financieras, de servicios, de transportes, etc., las cuales no serán ya establecidas por los respectivos gobiernos de cada Estado parte, sino por las instancias supranacionales.

La comunidad económica admite también diversas graduaciones. Una de las más avanzadas es la de la Unión Europea.

La comunidad económica es el modelo más perfeccionado y complejo de los procesos de integración. En nuestro criterio, es la etapa previa a la integración política ya que implica la adopción de políticas comunitarias, esto es, decididas por instancias supranacionales, en sectores cada vez más amplios de la actividad del Estado.

*Unión Monetaria.* Una de las etapas más avanzadas de la comunidad económica es la de la unión monetaria, esto es, la utilización de la misma unidad monetaria en todos los Estados miembros de la Comunidad.

Ello implica también la creación de un Banco Central Comunitario, al cual se transfieren las funciones típicas de los bancos centrales estatales, tales como la emisión de moneda, la fijación de tipo de cambio, en relación con las divisas (o patrón oro, en su caso), etc., atribuciones éstas de las que se desprenden los Estados miembros de la Comunidad.

Como es sabido, la emisión y regulación de la moneda - por la importancia que la misma tiene como fuente de recursos y para las políticas financieras, comerciales y generales del Estado - son unas de las más típicas funciones derivadas de la soberanía.

Tanto es así, que en la Baja Edad Media, cuando los Estados nacionales pretenden afianzarse luchando contra el feudalismo, uno de sus principales objetivos era quitar a los señores feudales sus derechos de acuñar moneda y de fijar impuestos a sus feudatarios.

En la Unión Europea, la unión monetaria comenzó a ser implementada a partir del 10 de enero de 1994 en el Art. 109 E del Tratado de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Maastricht. Para ello dicha norma creó el Instituto Monetario Europeo, con sede en Francfort del Meno, Alemania, el cual es la base del futuro Banco Central de la Unión Europea, conforme lo disponen el ya citado Art. 109 E y el 109 F del Tratado de la Comunidad Europea, modificados por el Tratado de Maastricht” (16).

### **Conclusiones**

Concluir este estudio con la reflexión que justifique la importancia de delinear el mejor perfil de doctrina política o teoría socioeconómica que pueda sustentar a un gobierno global comunitario, no sería convincente, si no se identificaran al mismo tiempo las falencias resultantes del modelo político-económico actual. En este sentido, sería prudente indagar la historia reciente de la integración que evolutivamente fue incubando la necesidad de organismos supranacionales como sustento firme de la misma, siempre al amparo paradigmático de la UE. En el mismo orden valoramos también el modelo

---

(16) Dromi - EKMEKDJIAN - Rivera - Derecho Comunitario, pp. 112-116.

político de corte aristotélico, emergente en el sudoeste asiático, que involucra a la ROC y demás países de la región, como sujetos de un proyecto inacabado pero en constante crecimiento y cambios cualitativos.

No es posible avizorar qué atributos o requisitos serán los que identificarán a un gobierno global, más allá del marco teórico que esbozamos. Sin embargo, es posible vaticinar la carrera que ya se inició, a partir de la aparición de organismos de Integración en varias regiones de nuestro planeta.

En cuanto a las falencias detectadas en el Modelo de la Economía Social de Mercado, en el orden de las especulaciones económicas sectoriales y falta de interés en el desarrollo de la comunidad global, como primera propuesta de solución planteamos en este estudio, sean aplicados los principios, las normas y los valores del paradigma político aristotélico en la construcción del Gobierno Global en la inteligencia de garantizar la excelencia democrática, en beneficio de toda la comunidad y evitar así los desfases producidos entre la práctica política y la práctica económica, que siempre traer como consecuencias privilegios sectoriales y una injusta distribución de la riqueza y lo que es más, que esas riquezas no se orientan hacia el desarrollo de la comunidad.

Confirmamos que una sólida construcción comunitaria sustentada en valores del paradigma político aristotélico, solo será posible en un marco legal y democrático que ampare y garantice una economía libre complementada y regulada por el Estado en atención a las exigencias del “bien común” y enmarcada en un sistema político democrático, social, pluralista y participativo, en función de la Teoría de Desarrollo Integral de Mario Bunge.

Un fenómeno político notable caracteriza a nuestro tiempo actual, en el sentido que no solo a partir de los organismos regionales de integración están partiendo las iniciativas y propuestas para la conformación de un gobierno global comunitario, sino también a la inversa. Es el mundo global y las organizaciones no gubernamentales, las que están gerenciando la construcción de un sistema centralizado de integración y gobierno, con el firme propósito de unificar y factibilizar el control de las tensiones y desfases tanto económicos como políticos, producidos por la globalización mundial.

En síntesis afirmamos con autoridad que la economía global incursiona con fuerza en las diferentes economías nacionales, donde las estrategias nacionales se vuelven crecientemente irrelevantes y desfasadas del nuevo orden económico actual.

El Doctor Lester Thurow - Director de la Escuela de Negocios del Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT): *“Califica al comunitarismo como alternativa por ser el Estado político - jurídico, económico y cultural más coherente con el resultado final del proceso de integración regional y en tal contexto expresa: El choque entre el capitalismo y el comunismo, fue un choque económico, ideológico y militar. En definitiva, la debilidad económica del comunismo llevó a la victoria del capitalismo, a la difusión de la democracia, el abandono del Pacto de Varsovia en marzo de 1991, y al derrumbe final de la propia Unión Soviética (Lester Thurow - la Guerra del siglo XXI, pp. 17-18).*

También el Doctor George Lodge y otros se manifiestan en el mismo sentido afirmando: *“La Globalización es una promesa de eficiencia para difundir las buenas cosas de la vida a quienes carecen de ellas. También es una amenaza para los que se quedan atrás excluidos de sus beneficios. Significa convergencia e integración: también conflicto y desintegración. Elimina las formas más antiguas, cuestiona culturas, regiones y sistema de creencias” (George C. Lodge - Administrando la globalización en la Era de la Interdependencia, pp. 17-18).*

Conscientes de esta cruda realidad asumimos la propuesta central de nuestra tesis en relación a la necesidad de un gobierno global comunitario, entendiendo que, como lo plantean los profesores George C. Lodge, Jaime y Josefina Chua, de la prestigiosa Escuela de Administración de Empresas de Harvard:

*“Los antiguos sistemas de gobierno, centrados en la nación, son inadecuados y la nueva corriente trasnacional se debilita por conflictos entre propósitos y prioridades.*

— Durante los cuarenta años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, el liderazgo colectivo fue orquestado por EE.UU. y la Unión Soviética. Cada cual tenía un conjunto de propósitos, que se derivaban en gran medida de su mutua hostilidad. Hoy en día estos propósitos son irrelevantes o están en decadencia.

— Dentro del marco de la Guerra Fría evolucionaron las instituciones que, si bien imperfectamente, proporcionaron formas de manejar tensiones globales: un marco con reglas, dentro del cual las corporaciones multinacionales podían proceder con cierta confianza y libertad.

— El reto que la globalización impone a las personas es el resurgimiento del liderazgo colectivo y la construcción de nuevas instituciones para manejar las tensiones globales”, a fin de evitar un caos mundial por causa de la desinteligencia de gobernantes ineptos para gerenciar un mundo orientado a un permanente cambio.

### **La Encíclica *Pacem in Terris* del Papa Juan XXIII también sugiere la necesidad de una Autoridad Pública Mundial**

Es necesaria una autoridad pública de alcance mundial. Ahora bien, si al examinar con atención, por una parte, el contenido intrínseco del bien común y por otra, la naturaleza y el ejercicio de la autoridad pública, todos habrán de reconocer que entre ambos existe una imprescindible conexión. Porque el orden moral, de la misma manera que exige una autoridad pública para promover el bien común de la sociedad civil, así también requiere que dicha autoridad pueda lograrlo efectivamente. De aquí nace que las instituciones civiles, en medio de las cuales la autoridad pública se desenvuelve, actúa y obtiene su fin, deben poseer una forma y eficacia tales, que puedan alcanzar el bien común por las vías y los procedimientos más adecuados a las distintas situaciones de la realidad (Juan XXIII, *Pacem in Terris*, 136).

Y como hoy el bien común de todos los pueblos plantea problemas que afectan a todas las naciones, y como semejantes problemas solamente puede afrontarlos una autoridad pública cuyo poder, estructuras y medios sean suficientemente amplios y cuyo radio de acción tenga un alcance mundial. Resulta, en consecuencia, que por imposición del mismo orden moral, es preciso constituir una autoridad pública general (Juan XXIII. *Pacem in Terris*. 137).

Esta autoridad general, cuyo poder debe alcanzar vigencia en el mundo entero y poseer medios idóneos para conducir el bien común universal, ha de establecerse con el consentimiento de todas las naciones y no imponerse por la fuerza. La razón de esta necesidad reside en que, debiendo tal autoridad desempeñar eficazmente su función, es menester que sea imparcial para todos, ajena por completo a los partidismos dirigidos al bien común de todos los pueblos. Porque si las grandes potencias impusieran por la fuerza esta autoridad mundial, con razón sería de temer que sirviese al provecho de unas cuantas o estuviese del lado de una nación determinada, y por ello el valor y la eficacia de su actividad quedarían comprometidos. Aunque las naciones presenten grandes diferencias entre sí en su grado de desarrollo económico o en su potencial militar, defienden, sin embargo, con singular energía la igualdad jurídica y la dignidad de su propia manera de vida. Por esto, con razón,

los Estados no se resignan a obedecer a los poderes que se les imponen por la fuerza, o a cuya constitución no han contribuido, o a los que no se han adherido libremente (Juan XXIII, *Pacem in Terris*, 138).

Así como se puede juzgar del bien común de la nación sin tener en cuenta la persona humana, lo mismo debe decirse del bien común general; por lo que la autoridad pública mundial ha de tender principalmente a que los derechos de la persona se reconozcan, se tengan en el debido honor, se conserven incólumnes y se aumenten en realidad” (Juan XXIII. *Pacem in Terris*, 139).

Consideramos que estas aportaciones son relevantes para reforzar nuestra propuesta orientada a la formación de un gobierno mundial comunitario. Por esta razón, concebimos, además, que la alternativa más sencilla requiere de un “liderazgo colectivo”, que actúe con base a un consenso compartido entre los habitantes del mundo. Y esto es mucho más factible con los mecanismos propios de los organismos supranacionales, antes que con los sistemas internacionales clásicos o intergubernamentales.

La serie de diagramas que presentamos en las siguiente páginas dibujan el proceso de integración hacia un gobierno mundial con rasgos comunitarios, alcanzan más significación y trascendencia, a la luz de la propuesta del notable filósofo Alemán *Jurgen Habermas*, quien señala: “*Que los cambios actuales no se concretan solamente en la reiteración retórica de la importancia de los derechos humanos y la necesidad de asegurar la paz y la democracia, sino de perfeccionar las Instituciones Políticas para que sean capaces de hacer frente a la universalización técnica y poder imponer la aplicación del universalismo normativo*”.

### **Bibliografía**

José Enrique Miguens, *Desafío a la política neoliberal - Comunitarismo y Democracia en Aristóteles*. Edit. El Ateneo - Bs. As. - 2001, pp. 21- 102.

Wang Sheng. “Estudio Comparativo de los Tres Principios del Pueblo con otras doctrinas”, con base en el pensamiento político del Dr. Sun Yat-sen, pp. 246- 247.

Anthony Giddens. “LA TERCERA VIA”: La Renovación de la Socialdemocracia. Edit. Taurus. Bs. As. 2000.

Mario Bunge. “Ciencia y Desarrollo”. Edit. Siglo XX. Bs. As.1985.

Dromi, Ekmekjian, Rivera. DERECHO COMUNITARIO. Régimen del MERCOSUR. Edit. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995.-

Roberto Ruiz Díaz Labrano. "Derecho Internacional Privado". Editorial Intercontinental - Asunción 1992.

Roberto Ruiz Díaz Labrano. "MERCOSUR Integración y Derecho". Editorial - Ciudad Argentina - Bs. As. 1996.

Ofelia Stahringer de Caramuti. El MERCOSUR en el Nuevo Orden Mundial. Edit. Ciudad Argentina. Bs. As. 1996.

Ubaldo Centurión Morínigo. "El orden jurídico supranacional". Edipar SRL. Asunción 1994.

Paul Walzlawick. El Arte del Cambio. Edit. Herder. Barcelona. 1998.

Carlos M. Russo Cantero. El MERCOSUR ante la Necesidad de Organismos Supranacionales. 1ª Edición Intercontinental. Asunción. 1999.

Carlos M. Russo Cantero y Horacio Galeano Perrone. Política Exterior, Cambios e Integración Regional. Edit. Intercontinental. Asunción, 2000.

Kenneth Waltz. "Teoría de la Política Internacional" Edit. CEL. Bs. As., 1988.

Lester Thurow, "La Guerra del Siglo XXI. Edit. Javier Verga. Bs. As. 1993.

George Lodge, Administrando la Globalización en la era de la Interdependencia. Edit. Panorama. México, 1996.

Dr. Sun Yat-sen, Los Tres Principios del Pueblo. China Publishing Company. Taipei, 1995.

Abel Aganbegyan. La Perestroika Económica. Una Revolución en Marcha. Edit. Aconcagua, 1997.

Jöel de Rosnay. El Hombre Simbiótico. Edit. Herder. Barcelona, 2000.

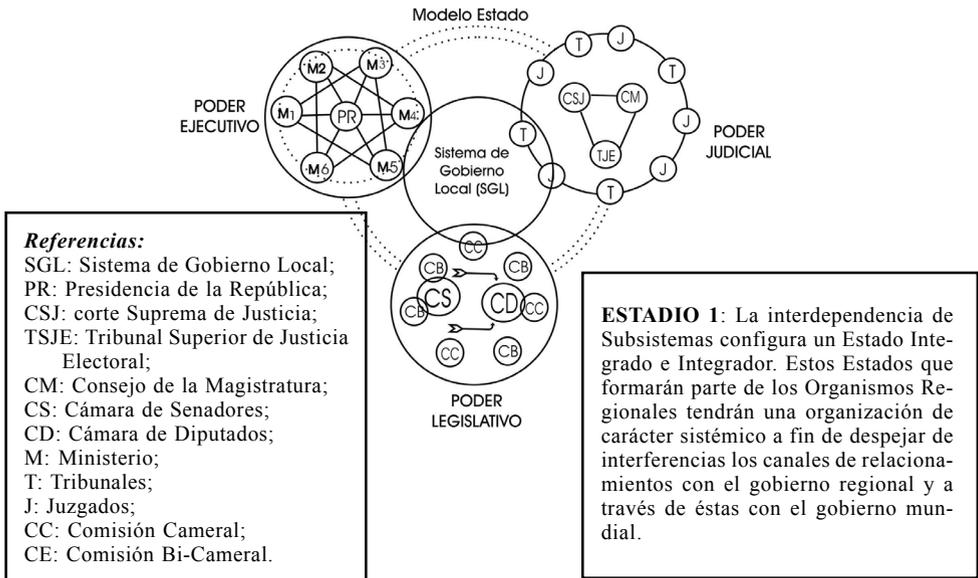
Jean-Marie Guéhenno, El fin de la Democracia. La crisis política y las nuevas reglas de juego. Edit. Paidós. Barcelona, 1993.

Carlos Francisco Molina del Pozo. Integración Eurolatinoamericana. Edit. Ciudad Argentina. Bs. As., 1996.

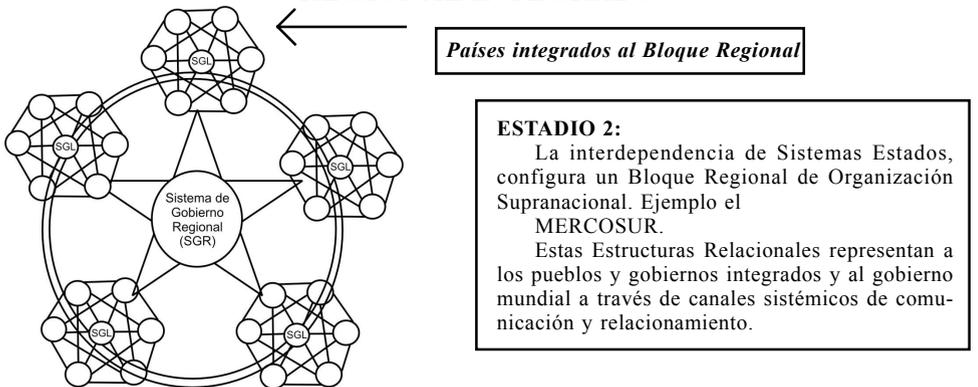
**DIAGRAMA 4: PROPUESTA ESTRUCTURAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN GOBIERNO MUNDIAL**

Proceso completo de Integración Sistémica Global. La Integración Sistémica Global involucra a tres Estadios, que a través de procesos sucesivos de integración, desembocará en la formación de un Gobierno Mundial Comunitario.

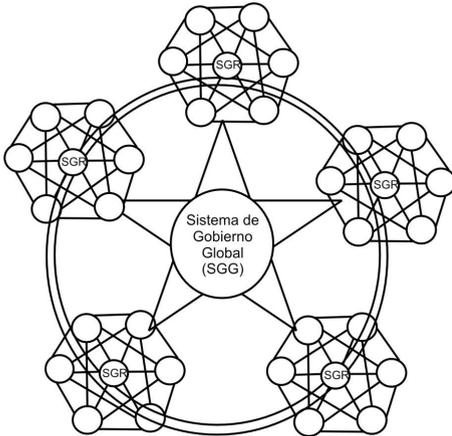
**ESTADIO 1: ESTRUCTURA INTRANACIONAL SISTÉMICA DEL ESTADO NACIÓN**



**ESTADIO 2: ESTRUCTURA DE UN BLOQUE REGIONAL INTEGRADO**



### ESTADIO 3: ESTRUCTURA GLOBAL



*Bloques Regionales integrados al Gobierno Mundial*

#### ESTADIO 3:

La Interdependencia de Supra-sistemas configura una Estructura de Organización Global Comunitaria, que será administrada según nuestra propuesta por un gobierno comunitario mundial. Este gobierno central se relacionará y gobernará a toda la humanidad, a través de los organismos supranacionales regionales. Estos organismos serán los representantes de los gobiernos y pueblos integrados en dichas organizaciones regionales.

Los sistemas jurídicos, políticos, económicos, sociales, culturales y de seguridad y defensa, serán globales y regulados por el Gobierno Central en un denominado Centro de Gobierno Estratégico Cosmopolita.



## **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN**

**Por Elodia Almirón Prujel (\*)**

### **La síntesis del preámbulo**

Las Constituciones modernas contienen una parte que se proyecta en la organización jurídica de los poderes del Estado, y otra que, fundamentalmente, se encuentra encaminada a asegurar el amparo a la libertad y a los derechos individuales, lo cual no significa que éstos no queden determinados en general por la estructura constitucional, dado que una mala organización política conlleva un desmedro axiológico, que indudablemente ha de influir en los criterios de justicia.

Toda comunidad posee una Constitución, esta es un orden normativo que podrá estar escrito o no, pero que en definitiva rige las relaciones personales y sociales de la misma. Para el constitucionalismo clásico inaugurado con la Constitución de Virginia fundamentalmente, se tiene las siguientes características: la adopción por la Constitución de una ley de garantía para el individuo frente al Estado, su estructura escrita y rígida, el molde racionalista en cuanto sus normas son creadas a priori en base a los dictados de la razón que descubre un derecho natural, el reparto de competencias en la composición de los poderes, la inscripción en su sistema normativo de un catálogo de derechos como resultado de la facultad es que la razón le asigna al ser humano, la prevalencia del Poder Legislativo como el poder supremo del Estado, la autolimitación de éste, la existencia en la Constitución de un basamento

---

(\*) Abogada 1993 (Derecho UNA), doctora en Derecho 2004 (Derecho UNA), profesora asistente en la cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA).

ideológico, el individualismo liberal como consecuencia de la actitud obstruccionista del Estado, la valorización del ciudadano como categoría fundamental de la dinámica social y la atribución al pueblo como sujeto de la autoridad, soberanía y representación.

Es evidente que dentro de este resumen de caracterización de tales instrumentos jurídicos, se encuentra una realidad social influida por la tradición, cultura, valores morales, orden económico, y un ordenamiento de la misma que suponen una racionalidad influida por conceptos de diverso orden, entre los cuales prevalece una consideración filosófica de aspectos tales como la libertad y la justicia, que son decisivos para fijar la autolimitación del Estado, y a la par, establecer las pautas que determinarán el grado que la sociedad atribuya a la constante axiológica relacionada con la dignidad humana.

Si se tiene presente que la Constitución es norma fundamental del Estado con preeminencia sobre los demás textos normativos que se dicten en el mismo, es evidente que éstos deben ajustar su contenido a las disposiciones constitucionales para que posean validez, y, en este orden de cosas, le cabe al derecho procesal una particular importancia en su relación con el orden constitucional, pues está principalmente dirigida a asegurar los beneficios de la libertad y los derechos humanos. De una correcta valoración en las leyes procesales de los principios básicos constitucionales y de una estructura judicial adecuada, resultará que aquéllos se encuentren más o menos garantizados.

### **Constitución material y Constitución formal**

Ha sido ya Aristóteles quien procedió al estudio de la comunidad política, reconociendo que toda ciudad o Estado constituye una especie de la misma y que cada uno de ellos se ha formado teniendo en cuenta como fin un determinado bien, ya que todas las acciones de la especie humana se hacen con la vista puesta en algo que los hombres creen como tal.

Cabe aquí partir de un supuesto que se encuentra relacionado con el contenido del derecho. Toda norma jurídica posee un contenido poliédrico ya que consta de elementos conductuales, normativos y axiológicos, y esto sucede tanto en las constitucionales como en las demás.

Es Recasens Fiches quien dice que las normas jurídicas no se encuentran flotando, desconectadas de la realidad, sino que por el contrario han sur-

gido de una entidad colectiva con el propósito preciso de ordenar a ésta, cuyos contenidos responde a factores delimitativos formados por el espacio territorial, el tiempo y el aspecto social.

Es que desprovista la norma de su basamento fáctico queda carente de significación concreta y de la vida que éste le da, ya que el derecho en su producción, en su desenvolvimiento y en su cumplimiento espontáneo, y aun en sus transgresiones y aplicación forzada, se muestra como realidad social.

En la difícil cuestión de establecer si la norma sigue al hecho, o por el contrario, sucede ello al revés, puede decirse que los sistemas sociales casi nunca son el resultado de una planificación consciente.

El individuo no tiene en la mayoría de los casos conciencia de que las pautas adoptadas mutuamente, que sirven de modelo para su comportamiento, son componentes de un sistema.

Sin embargo esta conducta se encuentra acotada por el sistema social vigente en una época y lugar determinados y hoy son muchos los constitucionalistas que admiten la existencia de una Constitución material en cuanto fundamento orgánico.

En la opinión del doctrinario Bidart Campos, “no se puede hablar de Constitución del Estado –ni siquiera en el sentido de estar constituido– sin hacer referencia a la normatividad; todo Estado tiene constitución en cuanto está ordenado, conforme a una estructura determinada, y en cuanto esa ordenación y estructura sena normativas, o sea revestidas de ejemplaridad, de pautas de valor, de deber ser...” (1).

Eso es cierto, pero tal normatividad no opera en valores hipotéticos, sino que lo hace sobre una comunidad real, dándole un sentido a una realidad parcial de la misma, contemplada bajo la normativa jurídica.

Este campo alcanza el ejercicio del poder y su relación con los miembros que pertenecen a aquélla, así como las relaciones interindividuales en cuanto caigan bajo el ámbito de las normas jurídicas, iluminadas fundamentalmente por una axiología en donde el valor justicia adquiera especial relevancia.

---

(1) Bidart campos, G. J.. Derecho constitucional, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1964. p. 103.

El derecho constitucional, basamento del derecho procesal, no escapa a tal concepción, ya que la finalidad del mismo es la de estudiar e interpretar las normas jurídicas tendientes a fijar las reglas que fundamentan los fines últimos de la convivencia ciudadana, dentro de un marco de libertad y respeto por los derechos individuales.

### **Constitución racional normativa e histórico-tradicional**

Señala Hans-Joachim Lieber que “importante y cargado de consecuencias para toda la problemática del conocimiento en el campo de las ciencias del espíritu es el hecho de que, con el cambio indicado en el problema del conocimiento, tiene lugar a la vez, una recepción de elementos historicistas en las mismas y en su fundamentación” (2).

Al hablar del cambio indicado se refiere a que el objeto de las ciencias del espíritu se inserta en el campo cognoscitivo y éste aparece como dependiente o codeterminado por ciertos factores constituyentes de aquél.

Este autor señala que el concepto de historicismo tiene su primera aplicación en la consideración de la historia pro parte de Vico y Herder en contraposición al Iluminismo y a su mentalidad iluminadora.

Dentro de una concepción filosófica puede decirse que en este esquema del historicismo aparece la vinculación del espíritu con la vida. Ya no se trata de la vigencia de verdades intemporales, revestidas de validez universal, sino de una concepción del mundo acotada por el desarrollo histórico.

Esto también es válido para el estudio del derecho constitucional y, por ende, para todas las ramas del derecho que tienen su fundamento en aquél.

Las instituciones no se han desarrollado en un esquema ideal. Han significado tener presentes costumbres, usos sociales, hechos económicos, factores religiosos y culturales que conformaron un cuadro de situación que enmarcaron a aquéllas.

Bidart Campos señala que el tipo racionalista admite una Constitución como programa, en la creencia de que su sólo enunciado bastará para cumplirlo. Nos da una fórmula única, igual, general, susceptible de realizar y

---

(2) Liebre, H. J.. Saber y sociedad. Aguilar, Madrid, España, 1981. p. 16.

cumplimentar la convivencia política, Por el contrario la concepción historicista ya no va a lo general y uniforme sino que está dirigida a lo individual, lo concreto, en donde cada uno reviste estructuras particulares de acuerdo a su circunstancia histórica. Proponer recoger la tradición y ajustar las fórmulas constitucionales a la herencia común, lo vernáculo, rechazando lo ajeno, lo extemporáneo.

De la síntesis de ambas concepciones es posible extraer conclusiones valiosas. De una, la de ajustar el esquema constitucional a la vida y a la historia, sin desconocer que esta forma el alma de los pueblos y del hombre común, que se desarrolla en cierta comunidad y no en otra, y en tiempo determinado y no en otro.

Del racionalismo puede extraerse la fijación de ciertas pautas ordenadoras que sirvan para fijar conceptos y en cierta manera modificar la realidad social. No debe olvidarse que de las utopías han nacido revoluciones sociales. El adelanto de las sociedades depende en mucho de liderazgos que exponen razonamientos ordenadores y concluyen con cambios sociales.

Lo que no puede hacer el racionalismo es olvidar el orden fáctico dentro del cual ha de operar. Ello implica generalmente el fracaso, y ejemplos de ellos conforman un amplio espectro dentro del decurso histórico.

### **El dinamismo constitucional**

Ya Ihering formuló, al contrario de Savigny, quien poseía una visión romántica del derecho, el aserto de que los principales desenvolvimientos que sufre el derecho, no ocurren plácidamente, sino que son el producto de intereses encontrados en lucha permanente, y que muchas de las grandes modificaciones, que influyeron poderosamente en el progreso de aquel, tuvieron que producirse lesionando los intereses privados que existían ya protegidos.

También Recasens Siches refiere que el tono realista que asume este tópico, implica tomar al Estado como una organización en movimiento. La vida estatal se encuentra en un perpetuo dinamismo, tanto en lo que atañe al poder, como a los demás campos de la estructura social, y en este aspecto no puede eternizarse el orden existente en una determinada época.

Ejemplos elocuentes a tal dinámica son las evoluciones que ha sufrido el derecho a través del decurso histórico, motivadas por diversos órdenes de

elementos de carácter social, económico, religioso, etc., y que han conformado las instituciones que rigen en los diversos países. Nótese la diferencia que existe entre el derecho continental y el anglosajón, o entre éstos y el musulmán, o el de los países de extremo Oriente para advertir la diversidad de aquéllas.

Haciendo asimismo un racconto histórico se puede apreciar la evolución que ha sufrido en casi todas las latitudes a raíz de una materia social cambiante y de factores en continuo movimiento

### **Las ideas filosóficas y las garantías constitucionales en el proceso**

Una adecuada comprensión de textos políticos y jurídicos —y las declaraciones de derecho lo son en alto grado— requiere, reclama pues, la apertura al análisis del contexto, o, mejor, a los múltiples factores contextuales que están incorporados en ellos condicionando a integrando su significación, y de los múltiples móviles contextuales que es necesario analizar, uno de ellos —el ideológico—, resulta particularmente relevante a la hora de comprender el significado profundo de una declaración de derechos.

Sin embargo la historia en un eterno retomo hizo también posible la crisis de la razón a fines de este siglo. Es Laclau quien señala que hacia estos tiempos, los límites del conocimiento racional se tornaron evidentes. Lo irracional va cobrando mayor protagonismo a medida que se introduce en la explicación de nuestra vida y en las mismas ciencias naturales, como en la física a través de la física cuántica y su principio de indeterminación.

Son pensadores como Dilthey, los que intentan poner al descubierto las categorías específicas de una razón histórica, Bergson con la oposición entre vida y razón, Husserl y su percepción de las evidencias, quienes han servido de agentes acotantes de una razón en la que los pensadores de los siglos XVII y XVIII habían puesto su confianza ilimitada como factor de conocimiento y de progreso.

Ello claro está, no implica caer en los riesgos de una irrazonabilidad pertinaz, sostiene Laclau, sino que tales expresiones de factores intuitivos y emocionales, sirvieron para que proceda un análisis más profundo de la realidad para no apartarse de la que se pretende conocer (3).

---

(3) Laclau, M.. Anuario de filosofía jurídica y social, Las bases filosóficas de la ciencia jurídica, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994. p. 13.

Si se puede tener como característica de la filosofía de la Ilustración – por lo que se refiere a la comprensión e interpretación del mundo del espíritu–la consideración y el juicio de todas las formaciones, teorías y actitudes espirituales desde el punto de vista de una realidad absoluta, supratemporal y revestida de objeciones, en la que se impone cada vez más la conciencia de la conexión del espíritu con la vida. Todo lo individual y toda la impronta singular de contenidos y conformaciones son entendidos justamente en ésta su peculiaridad, partiendo de su enraizamiento en la existencia conjunta de una amplia totalidad de vida.

De esa conjunción de espíritu y vida puede esperarse la superación de los escollos que la historia presenta en los últimos decenios, en donde se ha producido una evidente desconexión entre aquéllos a través de la crisis de la razón, que también lleva a la crisis de la ciencia.

La pérdida de una fundamentación científica y filosófica ha traído como consecuencia que el hombre se sienta a la deriva, en un archipiélago desconocido con las consiguientes perturbaciones que ello ocasiona.

En un momento determinado de la historia la fe había sido reemplazada por la razón. Hoy se corre el riesgo de que ésta sea suplantada por el vacío, por la nada, en donde las esperanzas se diluyen sin contemplaciones. Esto es grave pues se arriesga la posibilidad de que el hombre no encuentre un sentido a la vida, sin el cual, la existencia se convierte en un erial, sin posibilidades de logro y superación, e, incluso, sin que el conocimiento técnico brinde las satisfacciones del éxito.

Cabe tener presente, también, que el conocimiento científico que encuentra en la filosofía sus últimos fundamentos, constituye un saber crítico, que se eslabona metódicamente, como suficientemente fundado en lo que se exhibe como verdadero.

De todo lo dicho se sigue que el estudio de la evolución del pensamiento político–filosófico sirve para apreciar la evolución de las instituciones, ya que éstas se constituyen en un marco histórico, en donde las ideas pergeñan rumbos, que luego se concretan en realizaciones de distinto orden.

Tampoco cabe desconocer que el mundo de las ciencias del espíritu se encuentra como objeto del conocimiento, en amplia conexión con la vida, Es el mismo sujeto pensante, quien a la vez que participa de un mundo de vida histórica y social, debe interpretar y valorar esa experiencia, de la cual surge

que el sujeto vivo y el sujeto cognoscente no pueden separarse en el ámbito de este campo de la realidad.

Para una comprensión de ésta desde una perspectiva histórica, nada mejor que acercarse a la misma desde un horizontes retrospectivo en el de-curso del tiempo.

### **Los orígenes del pensamiento jurídico**

Según un autor, la filosofía no nació en Grecia, ya que seguramente ella advino el día en que el primer hombre se detuvo a reflexionar sobre su propia existencia. No obstante, no hay duda de que fueron los antiguos griegos los primeros en sistematizar el saber filosófico, elevándolo a las mayores alturas y logrando con Aristóteles arribar a una cumbre de la cual no se puede prescindir. Del mismo modo el derecho surgió donde hubo una comunidad civilizada.

Si los helenos fueron los primeros en reflexionar metódicamente sobre la realidad, también es cierto que los romanos iniciaron el estudio del derecho, haciéndolo objeto de la reflexión y de la sistematización a las que llevaron a una cima insuperable.

El ingreso de los pueblos helenos en la península que lleva su nombre en el milenio anterior a Cristo, significó un cambio notable con respecto a las civilizaciones mediterráneas. Importó modificar el equilibrio de poder de la región e introducir nuevas aglomeraciones políticas y sociales.

Es en esta época, que a la par que se desarrollan nuevas civilizaciones, decaen otras, como la influencia de Egipto en el medio Oriente, y es igualmente en ella que se encuentran los antecedentes de corrientes filosóficas que florecieron posteriormente, incluso incursionan en la actualidad, si bien con concepciones modernas, con cosmovisiones que aparecen en el pensamiento griego.

El deseo del hombre por conocer lo ha llevado a aplicar su espíritu a los temas más diversos y vastos que conciernen a la substancia, al origen y al destino del universo entero.

Puede decirse que la historia de Grecia comienza con Homero, a pesar de lo impreciso que resulta la existencia real del personaje y de la autoría de

los poemas homéricos, que constituyen la obra escrita más antigua de los helenos (4).

El derecho en la obra homérica se encontraba ligado al orden ético, hallándose el mundo de universo regido por leyes de esta naturaleza y respondiendo todas las cosas a un espectro de derecho natural cósmico, en donde éste se cumplía inexorablemente no sólo en lo concerniente a los hombres, sino también a los dioses.

La justicia se revelaba a los hombres a través del Themis y Dike, personajes de naturaleza teológica.

Podría pensarse que el estudio de los comienzos de una civilización, tal como es la que surge del pensamiento griego, en donde la occidental tiene uno de sus basamentos, podría tornarse superfluo.

Sin embargo a poco que se tenga en cuenta que apenas hubo concebido el hombre la idea de que aquel que violara el derecho ajeno tenía que sufrir algún mal en castigo de su delito, fue consecuencia lógica inevitable de que le juicio, en su sentido objetivo, surgiera inmediatamente, es decir, que se ejerciera aquella operación intelectual mediante la cual, una vez comprobado que alguno ha violado un derecho, se saca la consecuencia del mal que hay que irrogarle, se podrá advertir a cuán largo período histórico puede remontarse el examen de las ideas en este campo del pensamiento jurídico.

Por otra parte, es también demasiado evidente que las instituciones, aún las procesales, no nacen por generación espontánea, ya que son el producto de toda una acumulación cultural, que en este caso se puede remontar a la filosofía griega en sus orígenes en donde el pensamiento filosófico occidental tiene sus raíces.

Hesíodo reconoce que no todo lo que reviste forma jurídica es auténtico derecho, sino que solamente lo es aquella sentencia, que además de tener la forma, es pronunciada en acatamiento a la ley de Dike.

---

(4) Fernández Sabaté. Hombre y comunidad a través de la historia. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977. p. 60.

## **Las primeras escuelas filosóficas y su influencia en el decurso histórico**

El deseo de conocer, la curiosidad por la naturaleza de las cosas, trajo como consecuencia que aquella concepción teogónica, fuera reemplazada por otra que tendía a inquirir el porqué de las cosas y buscarles una explicación basada en la reflexión.

Fué en las ciudades griegas de Asia menor, en donde por primera vez se desarrolló un pensamiento de carácter filosófico, no sin dejar de consignar que no existió separación entre ciencia, filosofía y teología.

Ya se encuentra en Anaximandro, uno de los exponentes de esta escuela, la idea de que a la injusticia debe seguirle la expiación según el concepto de la ley jurídica y moral. Se tiene así una idea de legalidad universal, que incluso no es nueva a, ya que deriva de concepciones anteriores.

Poco esfuerzo se necesita para advertir que la naturaleza de la pena y su discusión a través de las modernas concepciones, reconoce un esbozo en la doctrina enumerada.

En la escuela pitagórica aparece la idea de justicia distributiva y también la de que la justicia consiste en la igualdad de lo igual, porque ella recompensa igualmente a lo igual. Vale señalar que este principio tiene vigencia actual en diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

En igual sentido la concepción de la justicia distributiva, como consistente en la distribución de cargas y honores sociales, conforme con la aptitud de cada persona, tampoco es desconocida en diversas corrientes filosóficas modernas.

Las ideas de los pensadores griegos variaron con el tiempo. Se extingue la creencia en el orden divino y en los antiguos dioses para ir ganando en proporciones un escepticismo que ponía el acento en el orden subjetivo, convirtiendo al hombre en el punto central de la meditación filosófica.

La justicia no se asienta ya en un orden universal, sino que lo hace en la cualidad subjetiva del ser humano. Se convierte en un sentimiento que es inexistente más allá de la conciencia humana.

Esta transición del pensamiento objetivo al subjetivo es encarada por diversos pensadores, entre los cuales se puede citar a Protágoras y a Demócrito, fundadores de un relativismo jurídico–filosófico.

Una mención también la merece Heráclito a quien un gran número de historiadores de las ciencias consideran como un precursor, si bien torpe, históricamente necesario y lleno de mérito para una visión racional del mundo.

La verdadera importancia radica en la circunstancia de que el tema heraclítico de la lucha y armonía de los contrarios llevó a Hegel a pensar que él constituía el basamento de la filosofía de la historia, la cual es la síntesis del ser y la nada.

Una mención especial también merecen los sofistas quienes por regla general eran personas de vasta cultura enciclopédica y llegaron a Atenas desde diversos puntos del mundo antiguo, algunos de ellos como embajadores.

Provenían de distintas culturas que absorbían la mayor parte de los conocimientos de la época y eran peritos en el arte de la retórica.

Prestaron al comienzo un eficiente servicio en la formación de la juventud, pero su influencia en general no puede considerarse como muy beneficiosa, ya que a través de los métodos empleados fueron artífices en gran escala de un escepticismo negativo y perjudicial.

No hace falta mayor esfuerzo para llegar a la conclusión de que el escepticismo, el relativismo, la convención, el acuerdo y el pacto, son ideas que tuvieron decisiva significación en corrientes filosóficas de la época moderna y han pasado a ser inspiradoras de muchos sistemas de corrientes filosóficas y de derecho positivo.

Este humanismo alcanzado por la cultura ateniense, lleno de relativismo, trajo como consecuencia una desintegración y desmovilización final pese al esplendor que había alcanzado Atenas. Es en ese medio donde aparece Sócrates, personaje que por el mero hecho de ser el que fue, y aún a pesar de no dejar obra escrita, cambió de una manera radical la dirección del pensamiento.

A la superficialidad del método empleado por los sofistas, opone la profundidad del análisis. Parte del interior del hombre, de su personalidad consciente para la revelación del verdadero valor de las cosas.

Sócrates descarta lo individual y contingente, aspirando a extraer lo universal y permanente, en donde obra el contenido de la conciencia ante la cual gira el método.

Los problemas de la política constituyeron uno de los temas favoritos en las conversaciones socráticas y el último fin asequible de sus empeños filosóficos. Sin pretender la reforma de la estructura social o del régimen constitucional, empeña su esfuerzo en la acción sobre las personas. Subordina la política a la acción moral, ya que no puede separarse la primera de los supremos principios éticos que rigen al individuo, tanto en la esfera pública como en la privada.

Sócrates, tanto como Platón y Aristóteles, conciben la política y la moral en íntima unidad, donde los principios axiológicos deben regir la acción de los gobernantes, ya que la vida moral del individuo no puede estar de espaldas a la comunidad de la que forma parte.

La política socrática está ligada a una concepción antropológica y teológica, en donde confluyen aspectos religiosos, moralistas y pedagógicos, y la eficacia práctica de su teoría en el objetivo de sus afanes. El tema central de su filosofía es la vida humana y su religiosidad es el impulso motor que lo dirige a poner en práctica una pedagogía en la cual el objeto supremo del saber son los valores morales, lo justo, lo bello, lo bueno, lo útil.

### **La estructura constitucional. La República**

Cuando el marco histórico tradicional es respetado en la formación de una Constitución, ese sustrato histórico y social impone limitaciones a los contenidos ideológicos, e incluso al mismo poder constituyente. Con mayor razón limita al poder constituyente derivado, ya que el no respeto de tal regla puede generar disturbios en el funcionamiento de la sociedad.

Estamos frente así a los contenidos pétreos, donde el régimen funciona como modo concreto de organización política.

Los modos institucionales de gobernar a la sociedad han merecido atención desde tiempos lejanos. Así la primera clasificación, hecha con rigor metódico puede decirse es la de Aristóteles, consistente en un ordenamiento lógico basado en el número de gobernantes y en la justicia o injusticia de su gestión, ya allí se habló de la República como la forma de gobierno de la

mayoría, si bien su terminología no se ajusta a la versión actual, ya que se colocaba a la democracia como la desvirtuación de la República.

Pero ya en Platón aparecen esbozos de un sistema político basado en una interrelación entre el individuo y la comunidad, en donde el tema de la justicia se aborda directamente, y el despliegue de su problemática se muestra con esencial identidad existente en la vida del hombre y de la comunidad, o, del Estado en lo que hace a las normas que han de regirías.

Así Platón inicia *La República* planteando el problema moral del individuo en el cual esta implica el problema moral del gobernante.

Es cierto que Platón plantea el módulo de un Estado perfecto, pero puede verse en sus elucubraciones la génesis del desarrollo de verdaderos problemas que afectan a la constitución social de los Estados modernos y que no han podido superarse aún. Así quedan como sombras que se proyectan sobre toda organización política aspectos tales como el principio de idoneidad para el desempeño de los cargos públicos, el Estado y el problema de la justicia, e incluso, la desviación del poder, aspecto del que tuvo clara conciencia ya que lo trató de resolver a través del régimen familiar, económico y filosófico.

Es Platón también quien anotó que la sociedad es algo requerido por la naturaleza humana, principio que se constituyó en decisivo en la teoría política de Occidente.

También fue recogido por Aristóteles, que como discípulo de Platón consideró que el hombre es por naturaleza un animal social o político, y es en y por la libertad que existe la ley.

El cristianismo, fundamentalmente, a través de la obra de Santo Tomás de Aquino, aporta a la teoría aristotélica una visión trascendente del hombre, de donde se derivan principios que más tarde serían incorporados a la teoría constitucional como el de la libertad, basada en el libre albedrío de la persona humana.

El hombre es también para el Aquinate un ser social, que necesita de la sociedad para el pleno desarrollo de sus posibilidades. Defiende al derecho natural, aspecto que ya había sido entrevisto por los filósofos griegos y expone los tres órdenes, distinguiendo la ley eterna, la ley natural y la humana. La segunda vendría a ser una participación imperfecta de la razón humana en el orden divino.

Es a fines del siglo XVII y comienzos del XVIII en que la razón es considerada como facultad capaz de poner a la vista los misterios de la naturaleza y al mismo tiempo de organizar la sociedad sobre la base de principios sólidos y estables.

Locke, Hume, Adam Smith, Monstequieu, Voltaire, los enciclopedistas, juntamente con Wolff y Lessing, son principalmente quienes se dedican a desarrollar las nuevas ideas que contienen el germen de la filosofía liberal de que se encuentra impregnada la Carta Magna.

En general todas estas teorías defienden la libertad, el derecho de propiedad y los demás derechos humanos fundamentales, valores sostenidos a través de un humanismo antropocéntrico, que ve a Dios a lo sumo, como un fundamento relativo de todo lo existente.

Uno de los más importantes autores de esta época es John Locke, cuya idea central es la de prolongar en la sociedad el estado natural de los seres humanos. Esto consiste en el respeto de la ley natural y en la posibilidad dentro de la misma de la más completa libertad del hombre para ordenar sus actos y disponer de su propiedad, sin sujeción a nadie.

El estado natural tiene sus leyes que lo gobiernan y esa ley obliga a todos, de lo cual surge igualmente el concepto de igualdad, que también va a tener persistencia en la teoría constitucional.

Locke si bien recuerda a la teoría iusnaturalista de raíz teológica y algunas tesis de orden escolástico, apunta a una especie de contrato social, en donde el poder queda en manos de la autoridad para proteger la paz con el ejercicio de la justicia.

Según García Venturini el más importante de los poderes para Locke es el Legislativo, siendo necesaria la división de aquéllos para que no se concentren en una sola mano, halándose limitados por los derechos naturales.

El liberalismo del siglo XIX aparece fundamentalmente concretado en Estados Unidos. Este liberalismo ofrece distintas variantes, ya que se compatibiliza con un esquema dinámico, matizado según las diversas etapas históricas y la idiosincrasia de la sociedad.

Sin embargo recoge una identidad y un espíritu común que lo destaca de las teorías anteriores por su contenido universalista, ya que no obra en

beneficio de determinadas clases sociales, sino que atiende al bien común general.

La libertad se convierte en un valor supremo que va más allá de lo político, pues atiende a la esencia del espíritu humano. Es claro que también la exigencia de un individualismo exagerado trajo reacciones que a la postre, ocasionaron las diversas aberraciones vividas en la época contemporánea con sistemas traumáticos en donde el hombre nada valía por sí mismo, entronizándose la idea de Estado.

No cabe duda de que estas teorías políticas conformaron el marco donde se iba a desarrollar el moderno constitucionalismo.

### **Afianzar la justicia**

Rawls presenta la idea de justicia como imparcialidad, una teoría que generaliza y lleva al nivel más alto de la abstracción, el concepto tradicional del contrato social.

Sostiene este autor que el pacto de la sociedad es reemplazado por una situación inicial basada en ciertas ideas que conllevan a una situación original a los principios de justicia.

Para Rawls, *“la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera y de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes, si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad funcional fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar”*(5).

Es por ello, que en una sociedad justa, los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos, ni al cálculo social. Son libertades que aseguran la libertad del ciudadano, y, tanto la verdad como la justicia, no están sujetas a transacciones.

---

(5) Rawls, J.. Teoría de la justicia, Fondo de la cultura Económica, México D.F., México. p. 20.

La idea de Rawls, tal como él mismo la expone, es llevar al perfeccionamiento la teoría tradicional del contrato social expuesta por Locke, Rousseau y Kant, elevándolo al índice más alto de abstracción, y colocando el valor de la justicia sobre concepciones meramente utilitaristas.

La sociedad está bien ordenada, no sólo cuando se encuentra diseñada para lograr el bien de sus componentes, sino cuando también efectivamente está regulada por principios de justicia.

Desde este aspecto los conflictos individuales logran satisfacción cuando cada cual acepta dichos principios, reconociendo las extralimitaciones que pueden contener los mismos y asociándose conjuntamente de manera segura, limitando la consecución de otros fines.

Como puede apreciarse la obra de Rawls pone en base de una elaboración más exigente, ideas contenidas en los autores de la Ilustración, que también fueron los que señalaron la importancia fundamental que tiene los derechos humanos y la libertad, para la plena vigencia del hombre dentro de la sociedad.

Pero el discurso sobre la justicia, igualmente, data de largo tiempo, ya había inquietado a Platón para quien lo justo no era otra cosa que el principio sobre el cual se encuentra asentado el Estado perfecto, es decir, el deber universal de todo individuo de ejercer una sola función, aquella para la cual la naturaleza lo dotó. La justicia es el origen y la conservación de los valores de las clases sociales, abarcando el Estado todo y constituye el valor de la comunidad más grande y más necesaria.

La relación del derecho con la justicia es íntima. Según Santo Tomás *“justicia es el hábito según el cual alguien con constante y perpetua voluntad da cada uno su derecho”* (6).

Para este autor la justicia, y, por ello, el derecho, siempre implican una relación con el otro, o sea una relación social, entre una persona y otro o entre una persona y la comunidad o viceversa.

---

(6) Santo Tomás, Summa Theologica II-II-58-1.

Dentro de las brevísimas consideraciones precedentes se puede advertir que la justicia ha constituido uno de los desvelos de los grandes pensadores de la humanidad. Sin justicia no existe el derecho, ya que ella constituye el ingrediente axiológico de aquél. Es la base que determina un orden social justo o injusto y marca con una delimitación precisa el campo jurídico dentro de otros órdenes de la realidad. Por ello, la invocación de ella en el Preámbulo, constituye un mensaje, que incorporado al sistema constitucional, concreta la aspiración de quienes forjaron en gran parte, los destinos de la República.





## **LA FILIACIÓN. LA IMPORTANCIA DE ESTA INSTITUCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD Y EN NUESTROS DÍAS**

**Por Linneo Ynsfrán Saldívar (\*)**

### **Antecedentes históricos de los hijos nacidos fuera del matrimonio**

Entre los varios fines que tiene la formación de una familia, indudablemente la llamada procreación es trascendente e importante. Una vez que es concebido un hijo, desde este momento el hecho natural implica que los que engendraron este nuevo ser asumen deberes, derechos, obligaciones y si se quiere responsabilidades que muchas veces son de por vida, es decir, hasta que se produce la muerte de uno de ellos.

La filiación es una institución que evolucionó a través del tiempo, y pensamos que lo hizo en forma favorable en lo referente a las relaciones que deben existir entre padres e hijos. Hemos visto que la poligamia, al tratar el tema del matrimonio, fue una forma primitiva aceptada, pero los hijos sufrían desigualdades inevitablemente. La Ley de las XII tablas, que regía en forma efectiva en Grecia y Roma, discriminaba al hijo nacido fuera del matrimonio y no lo consideraba como integrante de la familia y además, incluso prohibía que contraiga matrimonio a la hija nacida fuera de éste.

La historia nos recuerda que el derecho divino vigente en Roma, indicaba que la llegada de la descendencia significaba una bendición de los dioses, en cambio, la falta de prole era tenida como un castigo dado que ésta ni sus antepasados nunca recibirán la veneración que indica la tradición religio-

---

(\*) Profesor Asistente de la Asignatura Drecho Civil – Persona y Familia – del Segundo Curso, Primera Sección, Turno Noche y del Primer Curso de la Carrera de Notariado.

sa romana. Esto explica el porqué los ciudadanos romanos utilizaron sin ningún tipo de restricción, la institución de la adopción.

El derecho romano fue aceptando las diversas categorías de hijos y, a éstos según el caso se les reconocía algunos derechos como el caso de los hijos naturales *.liberi naturali-* o aquéllos que nacían sin estar casados, es decir, de la unión concubinaría; los hijos espurios *-spurii-* nacidos de padre desconocido por haber tenido la mujer comercio con muchos varones, es decir, vida deshonesta: los hijos adulterinos *-adulterini e incestuos-* nacidos de una unión adultera o prohibida por la ley. A los naturales, se les podía reconocer y, por ende, a partir de este hecho tenían vocación hereditaria. Sin embargo, los espurios y adulterinos no tenía derechos y, obviamente, ni siquiera podían reclamar alimentos. El derecho germánico sostuvo igual postura e incluso hasta se podría decir que fue más intransigente e inflexible.

Con el advenimiento del cristianismo, las disposiciones legales de la Iglesia Católica atenuó esta rigorismo cruel, reconociendo que los hijos tenían derecho a alimentos, a ser reconocidos entre otros y sobre todo que los padres tenía deberes innatos a su condición de padres. A partir de la Revolución Francesa, se produce un cambio notable pues esta abolió la injusticia que se cometía con los hijos nacidos fuera del matrimonio y asimiló en igualdad de derechos a los hijos legítimos y naturales. En el ocaso del siglo XIX, se produce el progreso de los derechos de los hijos naturales hasta llegar a nuestros días en que son equiparados en forma completa, pues empiezan a ser protegidos los derechos fundamentales de los hombres teniendo trascendencia el Pacto de San José de Costa Rica, instrumento donde se reconoce la igualdad de derechos de los hijos nacidos fuera y dentro de él.

### **Tradición romano-hispánica**

El Derecho Romano y con posterioridad el Derecho hispánico, establecieron varias calidades de hijos que fueron acogidas por legislaciones no solo americanas, sino que incluso europeas. Éstas sostenían y calificaban como *hijos legítimos* a los nacidos de un matrimonio válido o putativo; *hijos naturales* a los nacidos de padres que al momento del nacimiento podían contraer nupcias; *los hijos adulterinos* eran los nacidos de padres que al momento del nacimiento no podían contraer matrimonio por estar unidos por este vínculo uno o ambos; *los incestuosos* eran los nacidos de padres que de ninguna forma podrían contraer nupcias por existir entre ellos impedimentos (unión entre hermanos) y; por último, *los hijos sacrílegos* o aquellos nacidos siendo uno o ambos clérigos de la Iglesia Católica o de otra religión.

Esta discriminación, en la actualidad es inaceptable por la tremenda injusticia que ella conlleva, por lo que en su mayoría las legislaciones en el mundo que contenían este tipo de calificaciones fueron reformadas y, en la actualidad, la tendencia indica en aceptar solamente la calificación de hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos.

### **Progreso jurídico de la condición de hijos extramatrimoniales**

El rigor con que eran distinguidos los hijos nacidos de una unión prohibida, fue atenuado por la Iglesia Católica propugnando el reconocimiento del Derecho a los alimentos que tenían los hijos nacidos fuera del matrimonio y, posteriormente se legitimaban cuando los padres contraían matrimonio.

Estos derechos propugnados por el catolicismo no tuvieron buena recepción durante la época teocrática de la Edad Media cuando los hijos nacidos fuera del matrimonio eran considerados hijos del vicio y tenían totalmente cercenados sus derechos hereditarios.

La Revolución Francesa percibió esta tremenda injusticia y estableció la igualdad entre hijos legítimos y naturales, pero sin embargo olvidó igualar los hijos adulterinos e incestuosos a los primeros. Conste que esta desigualdad se vuelve a producir en el Código Civil Francés de 1804, pero sin la rigurosidad que existía en el derecho antiguo.

La vigencia de esta injusticia se prolongó hasta el final del Siglo XIX, cuando se propugna la igualdad de los hijos naturales con los legítimos, sosteniéndose como argumento que los hijos no pueden cargar con la culpa de los padres. Esta distinción, como se sabe, se mantenía pues se consideraba que la equiparación de estos hijos implicaba un menoscabo a la familia legalmente constituida y a la cual la ley debe proteger con todas sus fuerzas. Este temor en la actualidad ha pasado y la tendencia contemporánea es que la ley le otorgue equiparación plena a todos los hijos, atendiendo a que los padres tienen igualdad de deberes y derechos con los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio.

El instrumento jurídico de la actualidad que tiene mucha vigencia y preponderancia es el Pacto de San José de Costa Rica, documento ratificado por nuestro país constituyendo por ende derecho positivo, donde se establece la igualdad de derecho entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, con lo cual el derecho latinoamericano no admite la calificación o discriminación de hijos.

### **Prueba de la maternidad**

La prueba de la maternidad como hecho “biológico” se determina por el *parto de la mujer que da origen al nexo biológico entre esta y el niño*. No obstante, es importante establecer dos circunstancias para certificar el mismo: 1) Que efectivamente se produjo el parto de la mujer a quien se le atribuye el hijo y 2) Que el hijo nacido sea de la mujer que dio a luz en el parto.

En lo referente a la maternidad en el Derecho romano la prueba estaba perfectamente individualizada, pues éste sostenía que *el parto sigue al vientre (partus sequitur ventrem)* con lo cual se afirmaba que la maternidad es siempre cierta. En la actualidad el derecho establece que para probar la maternidad, es suficiente, poseer el certificado expedido por el médico o partero/a donde conste haber asistido a la mujer en el parto identificando al recién nacido. Por ello, al existir la prueba del nacimiento acreditado a través del certificado médico que asistió al parto, la inscripción del nacimiento y la atribución legal de la maternidad no es imperiosa que haya reconocimiento expreso por parte de la madre.

En materia de filiación, sin tener en cuenta de cual de ellas se trate, lo importante y lo trascendente es la demostración del vínculo de sangre existente entre estas personas y, en el caso de la maternidad, por haber nacido del seno materno. En lo referente a lo jurídico, este lazo filial se prueba con el Certificado de Nacimiento expedido por la institución pertinente. Según lo hemos apuntado, se sostiene que lo trascendente para probar la maternidad es, indiscutiblemente, el certificado otorgado por el médico o partero tratante, en el cual conste o certifique que atendió a la mujer al producirse el parto.

Nuestra legislación, específicamente, el Art. 234 del Código Civil paraguayo en la parte que se refiere a la acción de filiación, dispone que en la investigación de la maternidad, *“se admitirán todas las pruebas aptas para probar el hecho”*. Esta circunstancia está prevista para probar la maternidad de la mujer soltera o divorciada, sin embargo, cuando se trata de una mujer casada este cuerpo legal establece que *“l’a investigación de la maternidad no se admitirá cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada...”*, esta disposición impide al juez la admisión de pruebas en un juicio por filiación. A todo lo expuesto, debemos agregar que para determinar el vínculo de filial entre la madre y el hijo no es suficiente contar con el certificado médico o con la inscripción en el Registro Civil, sino que el requisito fundamental es el reconocimiento expreso otorgado por la mujer que parió el hijo.

Para el supuesto caso de que un hijo no tenga acreditada su filiación materna, por la circunstancia de no existir Certificado de Nacimiento o Certificado médico, la filiación no puede ser atribuida por la vía de la presunción. Para que ello acontezca, el hijo debe iniciar el pertinente juicio por reconocimiento de filiación materna.

Atendiendo esta circunstancia, hacemos notar que la prueba del nacimiento y de la identidad del nacido, no puede producir ningún efecto si no media o no existe el reconocimiento expreso de la madre reconociendo como hijo suyo al nacido. Otro vehículo válido es la declaración por sentencia judicial declarando el vínculo filial con la madre que no reconoció el hijo.

Una vez dictado el fallo, se debe acatar las disposiciones procesales aplicables al caso y éstas señalan que la obligación de notificar a la afectada la decisión, o mejor utilizando términos más sencillos, se debe hacer saber a la persona que se le atribuye la maternidad la decisión del juzgador, y ésta puede hacer uso del derecho a la defensa, y la ley le otorga la posibilidad de apelar la misma, con lo cual, provisoriamente, se produce el desconocimiento de la maternidad que le adjudicó la resolución judicial. Obviamente, la revisión del fallo está a cargo del Tribunal de Apelación que en definitiva dictará resolución sobre el tema planteado. Por el contrario, si esta no apela, debe tenerse este hecho del silencio o debe interpretarse la aceptación o la existencia del vínculo filial que se le atribuye. La ley presume que la maternidad debe ser atribuida a quien alumbró o dio a luz el niño.

### **Prueba de la paternidad**

La presunción de la paternidad, sobre todo la llamada legítima o matrimonial, esta recae o es atribuida *ministerio legis* al marido de la mujer que concibió al hijo y cuyo nacimiento se produjo durante la vigencia del matrimonio.

La presunción de la paternidad se rige conforme al Art. 225 del Código Civil por el término máximo del embarazo de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, durante el matrimonio excluyendo el día del nacimiento e, igualmente, esta presunción puede ser utilizada para regular las acciones de impugnación y negación de la paternidad y para solucionar los conflictos que surjan en caso de los matrimonios sucesivos de la madre.

Es atendible la posición doctrinaria que indica que *la prueba de la paternidad o mejor, la presunción de paternidad* no es iuris et de iure, sino que

admite prueba en contra. No existen obstáculos legales y se considera como hijo del padre cuando él en forma expresa produjo el reconocimiento de éste, sobre todo cuando ésta resulta imposible negarla y la prueba del reconocimiento puede ser suministrada por cualquier medio.

Una prueba contundente relativa a la paternidad, se produce cuando el padre concurre al Registro Civil y denuncia el nacimiento del niño expresando ser el padre del mismo. También puede existir el reconocimiento tácito del que lo engendró, pudiendo mencionarse el caso de quien se casa con una mujer embarazada reconociendo como hijo suyo a la persona por nacer, aunque en la realidad no lo sea. A la inversa, cuando el marido en forma tajante desconoce la paternidad, la misma se debe atribuir en el juicio por filiación y, siempre que en la etapa probatoria se propongan y produzcan pruebas contundentes que demuestren la paternidad. Luego de la tramitación del proceso, la forma de terminación de un proceso se produce mediante el dictado de una sentencia judicial, es decir, *se prueba la paternidad por decisión judicial*, donde se declarará que existe el vínculo de filiación.

Existe una presunción legal, en el caso en que al padre se le atribuye *ministerio legis ser el padre del concebido y nacido*. Solamente se exige que el nacimiento se debe producir después de la celebración del matrimonio. Sin embargo, puede darse el caso en que no celebró el matrimonio, se le atribuye la paternidad al varón que tuvo acceso carnal con la mujer que dio a luz ese hijo.

La atribución de la paternidad tiene carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de los individuos; sólo a través de sentencia judicial, de conformidad con el régimen de negación e impugnación que exista.

Para el caso del matrimonio putativo, es decir, el matrimonio anulado por haber sido contraído de mala fe por ambos cónyuges, debe presumirse que corresponde a los que se unieron en matrimonio, y el hijo debe ser tenido como hijo matrimonial, hasta que la decisión judicial disponga la nulidad del matrimonio y, por ende, determine que la paternidad no puede atribuirse al ex marido.

La presunción de paternidad, conforme las disposiciones contenidas en el Código Civil, debe regir hasta los trescientos días posteriores a la anulación, separación de hecho o divorcio vincular de los esposos

## FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

### **Reconocimiento voluntario, reconocimiento en disposiciones de última voluntad. Reconocimiento por vía judicial.**

De acuerdo a la tradición del Derecho romano, adoptado posteriormente por el Derecho español, existían la familia legítima y la ilegítima. La primera se sustentaba en el matrimonio y, por ende, la filiación era denominada “*legítima*”. En cambio, la *filiación ilegítima* estaba compuesta por los hijos denominados *naturales, adulterinos, incestuosos, sacrílegos* entre otros.

En la actualidad la filiación ilegítima es denominada *filiación extramatrimonial o de las personas nacidas sin que los padres estén unidos en matrimonio válido*. Al respecto, el Art. 230 del C.C., establece que son *hijos extramatrimoniales* los concebidos fuera del matrimonio, sea que sus padres hubiesen podido casarse al tiempo de la concepción, sea que hubiesen existido impedimentos para la celebración del matrimonio. Aunque el reconocimiento del hijo extramatrimonial provenga del padre o de la madre, éste debe ser practicado por *escrito*. El reconocimiento también puede ser practicado ante el Oficial del Registro Civil mediante la inscripción pertinente y obtiene por este instrumento la calidad o “estado” de hijo. Si el reconocimiento se practica por instrumento público o privado ello no le otorga el “estado” de hijo, pues esta declaración le otorga un elemento importante de prueba para adquirir por sentencia judicial la filiación.

El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales *es un acto jurídico familiar, a los efectos de establecer el vínculo de filiación*. Se caracteriza por ser: a) *unilateral*, dado que se requiere que intervenga solo el que realiza la declaración; b) *irrevocable* pues a posteriori el que lo realiza no lo puede dejar sin efecto; c) puede ser *voluntario*, cuando la misma surge en forma espontánea; d) es *declarativo* de estado y esto produce el efecto de que el hecho se retrotrae al día de la concepción; e) *es personalísimo* porque solo la madre o el padre puede reconocerlo y, por último. Cuando afirmamos que es un acto *irrevocable*, ello debe ser así para otorgar seguridad jurídica al acto. Los padres extramatrimoniales pueden reconocer a los hijos ante el Oficial del Registro del Estado Civil o por Escritura Pública.

El testamento es un acto jurídico declarativo de voluntad y, por ende, es un instrumento de indudable valía para otorgar derechos y obligaciones. Es, por ello, que nuestra ley otorga validez al reconocimiento de los hijos a través de las disposiciones de última voluntad. En principio, el reconocimiento

de la filiación realizada por testamento, es irrevocable, pero sostienen varios doctrinarios, que en ciertos casos y de darse causales graves, el mismo puede ser revocado por el autor del instrumento de última voluntad.

Según nuestra legislación, los hijos para suplir la falta de reconocimiento, pueden realizar esto por una acción de reclamación de reconocimiento de filiación, tramitada por vía judicial, pues el aludido artículo expresa que el reconocimiento puede hacerse ... *ante el Juez*. Tradicionalmente, esta acción era entablada contra el padre pero no contra la madre. Luego de un prolongado proceso histórico se aceptó la promoción de esta acción contra la madre, pero con el riesgo de dudar sobre la honestidad de la mujer, pero es un derecho del hijo reclamarle, sea al padre o a la madre, su estado de hijo.

### **Pruebas admitidas. Posesión de estado de hijo. Las pruebas biológicas**

Referente a las pruebas admitidas, todos los medios son válidos y se deben admitir en este tipo de juicios aún las que sean consideradas más trascendentes; pues al momento de su valorización, pueden ser trascendentes para dar un veredicto. El juez debe valorar prudentemente toda la información y deberá requerir pruebas que hagan al sustento de los hechos alegados. Con ello, es indudable que en este tipo de investigación, de la paternidad y de la maternidad, se admitirán todas las pruebas que sean aptas para probar los hechos manifestados siempre que con ello no se prejuzgue el resultado final del pleito.

Actualmente, los juicios donde se discute el vínculo de filiación, se resuelven mediante pruebas biológicas. La llamada prueba de histocompatibilidad establece con márgenes de acierto entre el 96% y 99% si el sujeto de que se trata en el juicio es el padre o la madre del demandante. En las células leucocíticas de la sangre existen ciertas proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico y situadas en la membrana que se transmiten según las leyes de Mendel. Es decir, toda persona tiene por herencia los antígenos que recibe de su padre y de su madre codificados por los genes situados en el sexto par cromosómico. Por ello, faltado el supuesto padre, si los abuelos se prestan a través del análisis de sangre, de ellos se puede establecer el vínculo de la paternidad.

### **Posesión de estado de hijo**

Posesión de estado, significa gozar de las ventajas de hijo y asumir los deberes de hijo, según lo explicita Planiol y Ripert. Es, por tanto, tener la

condición de hijo o de padre. En el derecho canónico, se exigían tres elementos para que exista posesión de estado y eran, *el nomen, tractatus y la fama*. En la actualidad no se requiere estos tres elementos y se le otorga mucho valor al *trato de hijo que se le otorga*.

Sobre este tema, el Art. 235 del C.C., dice: “*La posesión de estado de hijo se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco, como ser: a) que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo; b) que aquella le haya dispensado el trato de hijo, y éste a su vez lo haya tratado como padre o madre; y c) que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad*”. La posesión de estado es un elemento de prueba importante dentro del contexto probatorio, en un juicio donde se reclama filiación.

Debemos puntualizar que el tema de la prueba de la *posesión de estado*, tan importante en el pasado a los efectos de ser reconocidos los hijos, en la actualidad esta discusión parece superada, pues existe la prueba del nexo biológico, y, utilizándose los métodos HLA (*human linphocyte antigen*) y el ADN (*ácido desoxirribonucleico*), se establece la filiación con una precisión de casi el 99%.

Debemos precisar que la prueba biológica, en nuestro país por lo menos, presenta muchas veces inconvenientes dado que no todos pueden someterse a ella por su alto costo, sobre todo para gran parte de la población que se destaca por su escaso poder adquisitivo, y también por qué no decirlo por la circunstancia de que no se disponen de laboratorios aptos o no se conocen técnicas indispensables para determinar la filiación, en cuyo caso, adquiere trascendencia la prueba de la posesión de estado.

### **Las pruebas biológicas**

Dijimos y nos ratificamos que en la actualidad este tipo de juicio se resuelve, generalmente, mediante las llamadas pruebas biológicas o aquellas que por medio de conocimientos científicos se determina el vínculo filial.

La llamada prueba de *Khûne* es la primera que aparece como biológica para determinar la filiación y la misma se sustenta en que según estudios médicos el progenitor y el hijo tienen coincidencias en la conformación de la columna vertebral que terceros no lo tienen y de comprobarse éstas pueden ser decisivas para determinar la filiación.

La prueba hematológica es aquella que se realiza mediante la extracción de sangre del progenitor y el hijo para analizar los antígenos que se encuentran en la superficie de los hematíes, que permanecen inalterados a lo largo de la vida del sujeto, puesto que dichos factores de grupo se encuentran presentes en el padre, la madre y el hijo. Por ello, si no se trata ni del padre ni de la madre la persona demandada no aparecerán en estas personas y la acción de filiación deberá ser desestimada. La prueba hematológica utiliza diversos sistemas, entre los que se encuentran el ABO, el MN, el RHESUS, pero solo sirven para eliminar toda posibilidad de vínculo, es decir, no resuelve el problema de conocer la paternidad o maternidad en su caso.

La prueba de histocompatibilidad (HLA, *Human Lymphocyte Antigen*) determina con una exactitud del 99% si la persona demandada en el juicio es o no el padre o la madre del niño. Este método de estudio consiste en realizar un estudio de las células leucocíticas de la sangre atendiendo a que existen en ellas ciertas proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico. Está comprobado que éstas proteínas se heredan de padre a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos que recibe de su padre y de su madre codificados por los genes situados en el sexto par cromosómico. En el caso de haber fallecido, el padre o la madre, de existir abuelos y de someterles a análisis la sangre de ellos se puede llegar a establecer un vínculo filial.

La prueba de la ADN, es la que en la actualidad, se ha caracterizado por ser la más precisa. Se denomina tipificación del ADN o estudio de la molécula que es la base de la herencia biológica que se encuentra en los núcleos de la totalidad de las células vivas. Esta prueba es de gran utilidad para establecer la paternidad o maternidad, pues está demostrado que todos los individuos heredan aproximadamente la mitad de las huellas del ADN de cada uno de sus padres.

## **PROBLEMAS QUE PRESENTA EN LA ACTUALIDAD LA FILIACIÓN**

### **Inseminación artificial**

Ésta puede ser homóloga o heteróloga. Consiste en un método en virtud del cual una mujer puede fecundar sin realizar el acto sexual y, para que ello ocurra, se extrae el semen del marido y se le introduce a la vagina en el cuello de útero o bien directamente al útero.

*La inseminación homóloga* se utiliza cuando ambos cónyuges son fértiles, pero no se puede engendrar el hijo a través del acto sexual. Ocurre cuando el marido es impotente o cuando la mujer sufre vaginismo. Puede ocurrir, además, que ésta sufra trastornos endócrinos o del metabolismo.

*La inseminación heteróloga* es aquella que se realiza con semen de un donante y se produce cuando el marido es infértil o cuando existen anomalías cromosómicas. En esta eventualidad se recurre a los bancos de semen y se adquiere el espermatozoide de donantes anónimos. Qué ocurriría si el marido “impugna la paternidad” por la imposibilidad de tener relaciones sexuales? La doctrina viene sosteniendo que esta impugnación no es posible, pues la inseminación debe realizarse con la aprobación de ambos, es decir debe mediar consentimiento recíproco. Si no mediare éste, sí existe la posibilidad de impugnar la paternidad.

### **Fecundación extracorporal**

Cobró trascendencia el caso suscitado en el año 1978 cuando en Inglaterra nace la hija del matrimonio Brown, pues con este método se abrió la posibilidad de resolver los rutinarios problemas referentes a la fertilidad femenina. La utilización de este método implica o consiste en extraer los óvulos de la mujer a través del laparoscopio –*laparoscopia*–, pudiendo utilizarse además el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante la ecografía y con lo cual se obvia la utilización de anestesia general que es necesario practicar en el primer caso. Obtenidos los óvulos y fecundados se introducen en el útero con cierto número de embriones cuando sea el momento de fijarlos o anidarlos. Este tipo de fecundación ha sido posible, científicamente, mediante la maniobra de los gametos –espermatozoides y óvulos, que fueron donados a un banco destinado al efecto y se utilizaron técnicas de congelamiento para utilizar éstos y para llevar a cabo el proceso de fertilización. Además de la manipulación de los gametos, la técnica exige la manipulación de los embriones que se han obtenido de la fertilización *in vitro*. Puede ocurrir que a una mujer le hayan extraído varios óvulos y con el semen del marido pueden fecundar dos, tres o cuatro hijos y los no deseados por la pareja que pueden llegar a siete o más sean congelados por el banco de óvulos y semen. En este caso, estos embriones pueden ser dados a otra pareja y así, un matrimonio cuyo marido es estéril y la esposa infértil, podrá tener un hijo concebido con semen y óvulos de otra pareja. Así planteada la cuestión, indudablemente, se podría plantear la impugnación de filiación por parte del hijo para llegar a conocer a sus verdaderos padres genéticos, aun cuando se haya gestado, desarrollado y nacido de un vientre denominado “alquilado” dando

por otra parte nacimiento a una serie de interrogantes que se pueden plantear con la promoción de un juicio de reclamación de filiación.

### **Alquiler de vientre**

Un tema de trascendente discusión es el llamado “*alquiler de vientre*”. Este negocio, la locación del vientre de una mujer, es oneroso y también no tiene la aprobación, ni ética ni moral. Tanto es así, que organismos internacionales propician la proscripción de los contratos de alquiler de vientre y vienen clamando que se introduzca en los códigos penales, penas de privación de libertad para quienes lo realizan. De firmarse un contrato con la finalidad de alquilar un vientre, éste debe tener y se debe establecer que tiene por fin “razones de solidaridad”. No me imagino cuál sería el resultado de una demanda promovida por pago de alquiler de vientre y, además, que sanción daría el juez por haber negociado sobre un tema de alto contenido ético y moral como lo es los relativo a la familia.

### **Congelamiento de embriones y de óvulos**

Este sistema permite la realización de la inseminación artificial. En Australia en el año 1984 se logró congelar los embriones y en el año 1985 los óvulos, con lo cual fue posible tener no sólo banco de semen, sino que también de gametos femeninos.

Creemos que con esta fecundación se arriba a la solución del problema de infertilidad, pero ello se debe realizar dentro de parámetros éticos de los cuales no se deben salir, como sería evitar la manipulación de los embriones para cambiar características genéticas para eliminar ciertos rasgos. Es por ello que tanto en nuestro país como en países de la región se debe propugnar la sanción de leyes a los efectos de organizar los bancos de semen y óvulos. En la actualidad la ingeniería genética está avanzando en sus estudios de investigación y, por ello deseamos que no se utilice más la manipulación del genoma humano, pues corremos el peligro de condenar a muchos seres humanos a sobrellevar degeneraciones y enfermedades sin remedio.



## EL JUICIO EJECUTIVO COMO PROCESO MONITORIO

*(Algunas observaciones al Proyecto de Código Procesal General)*

Por Carmelo A. Castiglioni (\*)

### 1. Introducción

Al Proyecto de Código Procesal General existen muchas cosas que alabarle pero también algunas objeciones que realizarle.

Haremos, lo primero, en esta introducción. Para lo segundo nos circunscribiremos exclusivamente al proceso ejecutivo monitorio.

Lo primero que cabe destacar del mencionado proyecto es que se rescata, como finalidad principal del proceso, la solución efectiva del conflicto que motivara el proceso. Esto no ocurre con el diseño del proceso actual.

También, como avance, cabe destacar la simplificación de los procesos, especialmente en cuanto concierne a los procesos de índole civil y comercial.

Por otra parte, introduce en nuestro ordenamiento jurídico un proceso ordinario de juzgamiento de carácter mixto, compuesto de una parte escrita y de otra parte oral. Con la oralidad se obtiene mayor publicidad, una simplificación del proceso, y la celeridad.

---

(\*) Profesor Asistente Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Otra innovación de mucha relevancia, y que es la que nos interesa, es la inclusión del proceso monitorio, como otra clase de proceso de juzgamiento. La ventaja del mismo, y por tanto la justificación de su existencia, es que con ello se evitaría la “endemia” de la morosidad de los juicios al simplificarse el acceso a una solución del conflicto, con la técnica procesal de un anticipo de la cosa juzgada. El efecto de esta clase de proceso es que se despoja de innecesarios incidentes y por tanto en forma rápida pueden resolverse los conflictos sometidos a proceso monitorio.

Según algunas estadísticas, los juicios ejecutivos abarcan mucho más de la mitad de los casos justiciables existentes en los tribunales pero, implementándolo como proceso monitorio, la montaña de expedientes, como recargo de trabajo, se reducirá a niveles muy bajos, pero además se evitarán también los incidentes innecesarios.

Sin embargo, estas ideas iniciales, son para saludar como loables las innovaciones del Código Procesal General, y, especialmente, la propuesta de incluir el proceso monitorio como parte de nuestro sistema procesal, lo cual nos permitiría estar a la altura de países como Alemania, Francia, Italia, y otros de Sudamérica que ya lo utilizan con éxito. Empero, cabe advertir que la sola introducción del monitorio no será una solución mágica sino que para lograr su éxito es importante que el diseño estructural ideado para su funcionamiento sea sencillo y eficaz para lograr el objetivo de simplificación del proceso. Es esto lo que nos lleva a reflexionar sobre el proceso monitorio ejecutivo a los cuales creemos necesario hacerle algunos ajustes.

La objeción concreta al diseño de monitorio propuesto en el Proyecto de Código Procesal General es que fue concebido como un proceso monitorio incompleto, dado que, como lo esta, se altera seriamente la característica del monitorio como un juicio de cognición reducida. Esto quiere decir en palabras más simples que el monitorio no concluye, desde luego, con la resolución que se dicta inaudita parte, como sucede en el mencionado proyecto, dado que de esa primera resolución de la primera fase se pasa directamente a un juicio ordinario. Esto no sucede con otros modelos vigentes y concretamente con el uruguayo.

En la propuesta que nos ofrecen como monitorio ejecutivo *la cognición reducida* no existe porque concluye abruptamente el monitorio con la sentencia provisoria de la primera fase, dado que, con la oposición del demandado, ya se deriva directamente al juicio ordinario como un proceso de cognición

plena. Además, con la posibilidad de que pueda juzgarse dos veces un mismo caso por la vía del juicio ordinario, lo cual es absolutamente inconstitucional.

A fin de encarar estas objeciones y otras más, previamente exponremos una idea general del proceso monitorio, para justificar las observaciones que realizamos.

## 2. Antecedentes históricos del proceso monitorio

A los efectos de comprender mejor esta institución procesal, que no tiene una tradición en nuestro proceso, por lo menos en forma manifiesta y conciente en una norma. Sin embargo, tuvo una existencia subrepticia con el juicio de prestación de alimento, que fuera derogado, pero que innegablemente ha sido un monitorio.

El proceso monitorio no es una novedad procesal moderna sino que ya ha nacido, en la Edad Media Alta, en la península Itálica.

Nos refiere Juan Pablo Correa del Caso que el *proceptum o mandatum de solvendo cum clausula estipulativa*, ha sido la base del proceso monitorio. En realidad fue su origen, el cual ha sido creado para paliar el largo y dispendioso juicio *solemnis ordo iudiciarius*, de ese entonces. Nos cuenta el citado autor que “el proceso se iniciaba con una orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (de solvendo vel trahendo). Dicha orden o mandato venía emanada sin una previa cognición”. O sea, lo que se destaca es la ausencia inicial de contradictorio, pero nos alerta en que “Las posibles objeciones a la admisibilidad *proceptum o mandatum* derivantes de la falta de cognición previa, venían resueltas con la justificación del proceso al adosársele la cláusula ( *si senseris reus te gravatum, compereas coram nobis complementum iustitioe recepturus*). En estas condiciones dicho proceso podía concluir de dos maneras. 1–Si no comparecía el deudor, entonces el mandato del juez hacía cosa juzgada, 2–Pero si comparecía, por el solo hecho de que esto ocurriera, se proseguía el juicio por el trámite ordinario. Este antecedente, que nació en la península itálica donde fue olvidado por mucho tiempo fue rescatado y mejorado en el derecho germano. Se recurría a esta clase de proceso, cuando se carecía de un medio de prueba como *instrumentum executivum* para sostener su derecho.

Esta experiencia se expandió en derecho moderno en el derecho francés y en el derecho germanos, en donde perfeccionaron el proceso monitorio.

### **3. Concepto del proceso monitorio**

Después de estas consideraciones históricas, ya resulta más fácil proponer un concepto. Es que en dicha referencia ya quedan expuestos los dos caracteres más importantes del proceso monitorio. Estas son la anticipación de la cosa juzgada y la inversión de la carga del contradictorio. También surge claro que es un juicio especial y plenario.

El hecho de adelantar la cosa juzgada no implica la negación de la cognición, aun cuando es necesariamente reducida.

El proceso monitorio esta compuesto de dos partes. Una primera parte, que es siempre inaudita altera parte y se reduce a la admisión de la demanda y al dictado de la resolución con fuerza de definitiva que otorga un orden ejecutable. La segunda parte del proceso es el desarrollo del contradictorio que se da en el caso de que se oponga el demandado a lo resuelto y solo en ese caso. Podemos decir entonces que el proceso monitorio es un proceso especial por el que inaudita altera parte se anticipa una sentencia definitiva que hará cosa juzgada si es que el demandado no contradice la misma oponiendo a ella algunas defensas. La característica de este proceso es que se anticipa la cosa juzgada o en su defecto de invierte el contradictorio poniéndolo a cargo del demandado.

El jurista español nos da una hermosa definición que nos gusta por su precisión. Dice que el proceso monitorio puede definirse de la siguiente manera: “proceso especial plenario rápido que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada en aquellos casos que determinan la ley”. Este mismo autor cita G. Cristolfoni, quien dice que el proceso monitorio es “aquel procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo (normalmente idónea a provocar la ejecución forzada), a petición de una de las partes, sin el previo contradictorio de la parte frente a la cual la resolución ha sido emitida”.

### **4. El problema de la constitucionalidad del proceso monitorio**

Los detractores del proceso monitorio, achacan al mismo una dudosa constitucionalidad del modelo de proceso. Aducen algunos que con él se lesiona el debido proceso. Otros dicen que se lesiona el derecho a la defensa. Pero la objeción que realmente puede tener cierto peso argumental es aquel que dice que contraría el principio de que nadie puede ser condenado sin una

sentencia dada en un juicio previo. Concretamente, podría existir un problema de contradicción con aquella parte del Art. 17 de la Constitución Nacional, que en su inciso cuarto, dispone que toda persona tenga derecho a “*que no se le condene sin juicio previo*”. La idea del “juicio previo”, es un sólo un espejismo establecido como un dogma, que mal interpretado puede perjudicar la existencia del monitorio. La idea del juicio previo esta dado en que el contradictorio debe anteceder a la sentencia definitiva y la técnica del monitorio es precisamente invertirlo. Presentado así, la objeción parece tener sustento. Pero, si es que se lee con atención la disposición constitucional, la idea del juicio previo no se altera con el proceso monitorio. Pues, la misma Constitución Nacional establece que el “juicio previo” *es un derecho*, entonces, la alteración de la carga del contradictorio no puede concluirse como una negación del mismo. Y, dado que es un derecho, si él demandado esta de acuerdo en aceptar la condena del pago, es su derecho hacerlo. Pero, aún si no estamos de acuerdo con esto, entonces tampoco podremos concordar con el concepto de título ejecutivo, dado que para construirlo se parte de una presunción legal que esta basada en ciertos presupuestos que no fueron discutidos en un juicio previo, pero que aún así pueden ser ejecutados directamente.

En el monitorio ejecutivo, aceptando como diferentes los conceptos de proceso monitorio y ejecutivo, lo que se hace es tomar como cosa juzgada la presunción legal del título ejecutivo, cuando no opone el ejecutado al mismo.

De toda forma, no existe la condena sin juicio previo, pues, el juicio no concluye con el dictado de mandato de ejecución, sino con la notificación y aceptación y no habrá condena sino se acepta el mandato, y, entonces, continuará el juicio monitorio, en su segunda parte. No existe la inconstitucionalidad pues no existe la condena sin juicio previo, porque la condena (en el buen sentido) no es ejecutable sino mientras lo consienta el ejecutado, pero si no es así hay juicio contradictorio del que después saldrá la sentencia definitiva del monitorio. La objeción del juicio previo pierde consistencia si se tiene en cuenta que la característica principal del proceso monitorio es un juicio de cognición reducida y por tanto que tiene dos etapas. Si el proceso monitorio es un proceso de dos etapas, la objeción del juicio previo es inconsistente. Hubiera sido aceptable la objeción si el proceso monitorio concluyera en la primera etapa. Pero no hay condena si hay oposición. La primera parte del juicio es como si el ejecutado se aviniera a pagar voluntariamente un pagaré y eso no requiere juicio previo.

Por otra parte, el debido proceso entendido esto como la no alteración de las líneas maestras que precautelan el derecho a la defensa, pero el ejecu-

tado por monitorio tiene la garantía de que se le escuchará si se opone a la misma.

En cuanto al argumento de que se lesiona el derecho a la defensa, es absolutamente inconsistente y tampoco se sustenta en una posición sólida, pues la inversión de la carga del contradictorio, no significa que no exista contradictorio y si hay contradictorio es que hay defensa.

### **5. Proceso monitorio puro y monitorio documental**

La teoría procesal distingue dos clases de procesos monitorios. Uno, basado exclusivamente en la declaración unilateral del demandante, sin necesidad de pruebas, que es el monitorio puro y en el cual el mandato de pago, cuando hay oposición al mismo decae y se pasa directamente a un juicio ordinario. Y, el otro monitorio, llamado documental, requiere que el derecho pretendido este respaldado por un documento y en el cual en caso de oposición, no decae el mandato de pago sino se abre un contradictorio de cognición reducida.

En nuestro derecho, el monitorio pretende estar diseñado como documental según el Art. 271 del proyecto. Pero esta cuestión también puede ser discutible, pues entre las normas generales, específicamente en el Art. 272 se abre la posibilidad del monitorio puro, cuando se dispone que la exigibilidad de la obligación pueda surgir de *“la afirmación del actor sometida a la potestad del demandado de oponer las respectivas excepciones”*. Esto último es monitorio puro y no documental, lo cual convierte a nuestro sistema en una mezcla de ambos, según el Proyecto. Existe, entonces una aparente contradicción entre el Art. 271 y 272 del Proyecto, pero al no ser incompatibles puede decirse que tenemos un sistema mixto.

Pero, en el caso del juicio ejecutivo hace falta que en el proyecto se refiera no solo a documento exigible sino diga que la ejecutividad debe surgir de un título ejecutivo. No solo debe ser documental sino el documento debe contener un título ejecutivo. En el proyecto no dice que el documento debe ser un título ejecutivo.

El proceso monitorio ejecutivo es una proceso especial, que no solo es documental sino que esta basado en título ejecutivo, que sirve para dictar inaudita altera parte un mandato de pago y embargo ejecutivo para ser ejecutado en caso de que no exista oposición, de lo contrario se sustancia por cognición reducida para resolver si se justifica o no la oposición.

## **6. Proceso monitorio, proceso ejecutivo y proceso cambiario**

Definitivamente no pueden confundirse los conceptos de proceso monitorio y proceso ejecutivo. Ambos conceptos tienen elementos comunes pero también grandes diferencias, pero no incompatibles, por el contrario, existe complementariedad entre ambos. Una de las diferencias más importante es el juicio ejecutivo siempre tiene por base un título ejecutivo y el monitorio si bien puede ser documental este no requiere ser título ejecutivo

Pero, tampoco no puede confundirse el ejecutivo con el proceso cambiario que no ha sido considerado en el proyecto a pesar de existir en nuestro derecho títulos cambiarios, al que se les otorga acción cambiaria, pero no existe el proceso cambiario. Esta es la oportunidad para salvar esta omisión, y es suficiente incluirlo dentro del juicio como cambiario y monitorio.

## **7. Diseño del proceso monitorio en el proyecto de reforma**

El proceso monitorio en el proyecto de reforma esta previsto como una clase del proceso de juzgamiento. Tiene normas generales, y además se prevé dos monitorios especiales, el ejecutivo y el desalojo.

La diferencia más importante entre el monitorio ejecutivo y el monitorio general, es que para aquel se establecen taxativamente las excepciones admitidas como defensas. En cuanto a lo demás rige las reglas del monitorio general.

Una deficiencia grave que cabe anotar es que el proceso monitorio ejecutivo no se dispone el embargo como ejecutivo, pues al no existir referencias concretas, cabe remitirnos a las normas generales para el monitorio en el cual el embargo tiene carácter provisorio.

## **8. Estructura del proceso monitorio ejecutivo**

El monitorio es una unidad de proceso dividida en dos partes que son escindibles.

El proceso monitorio ejecutivo, que empieza con la presentación de un escrito acompañado del título ejecutivo base, en que el accionante declara unilateralmente su pretensión y el juez, si lo encuentra ajustado a derecho e inaudita altera parte, lo admite dictando directamente, sin más trámite, una resolución con fuerza de definitiva, en el que dispone tres cosas:

1.– Una sentencia de remate, por el que ordena el pago de lo reclamado, con sus accesorios, con una cláusula condicional, por el que dice el juez que la sentencia hará cosa juzgada, si el demandado no se opone a la misma, con las excepciones permitidas legalmente

2.– Un embargo ejecutivo, para asegurar el resultado del proceso.

3.– Citación para oponer excepciones.

Con este contenido, la resolución con fuerza de definitiva, es notificado al ejecutado y este debe hacer valer su derecho a oponerse, dentro del plazo que le marca la ley. No es necesario que se lo denomine Sentencia definitiva provisoria, porque esto crea una resistencia con el principio constitucional de juicio previo. Es mejor que en vez de ello se utilice el auto– interlocutorio pero con fuerza de definitiva. Esta es la primera parte del monitorio. No hay recurso de apelación. En el proyecto no lo dice y es necesario que diga expresamente que esta resolución es inapelable. Desde luego, no hay apelación es porque ya admite como defensa la oposición.

Si no hay oposición, el ejecutado puede avenirse a un pago voluntario y si no lo hace dentro del plazo se utilizará la vía de la ejecución de sma liquida previstas para el proceso de ejecución.

Si hay oposición se pasa al segundo paso del monitorio. Esta parte es la que no existe en el proyecto presentado, pues simplemente, en el proyecto se remite al trámite del juicio ordinario, con lo cual se cercena el monitorio al desaparecer la cognición reducida y pasar a la cognición plena. Otro tema en esta parte es que no esta previsto la recurribilidad o no de la sentencia definitiva. Pero es obvio que si se remite en todo al juicio ordinario, no solo se que sería apelable sino además cabría la casación, lo cual desalentaría la utilización del proceso monitorio, pues resultaría más práctico iniciar directamente el juicio ordinario.

### **9. Desventajas del modelo del monitorio–ejecutivo propuesto en el proyecto de Código Procesal general**

Si comparamos la propuesta de proceso monitorio ejecutivo en el Proyecto de Código Procesal General con el que rige en la República Oriental del Uruguay y, mismo nuestro Código Procesal vigente, es suficiente para advertir algunos errores, además de los señalados.

Es importante que lo analicemos por separado:

a) Necesidad de tasar los títulos ejecutivos

A diferencia de lo que ocurre con el proceso ejecutivo de la ley vigente, en el proyecto presentado, no prevé una disposición que delimite lo que es un título ejecutivo y cuáles documentos debe entenderse que lo son. Ni siquiera hace mención a que el monitorio ejecutivo debe basarse en un título ejecutivo y que además no puede discutirse la causa.

Es cierto que en la parte normas generales existe una mención al tema en los artículos 271, 272 y 273.1, pero creemos que éstos no son suficientes. En el artículo 273.1 del Proyecto se establece que el proceso monitorio se seguirá cuando se reclama “el pago de una suma de dinero, líquida o fácilmente liquidable, con los elementos de juicio que surjan de documentos”. Esto es lo único que existe y es absolutamente insuficiente para determinar la ejecutividad de un documento. Se requiere para el monitorio ejecutivo se reproduzca el Art. 439 del C.P.C., por el cual “podrá procederse ejecutivamente siempre que en virtud de un título que traiga aparejada ejecución se demande por obligación exigible de dar cantidad líquida de dinero”. Esta última es sensiblemente diferente a la prevista en el Proyecto. Especialmente en cuanto lo de obligación exigible. Al no referirse en el Proyecto a la expresión “obligación exigible” como ejecutivo, lo cual teóricamente supone que es de plazo vencido y no sujeta a condición, puede prestarse a ciertas confusiones. Es cierto que en la parte general del monitorio se establece la exigibilidad de la obligación por monitorio, no distingue la exigibilidad para el ejecutivo. Además la ejecutividad como es una permisión debe estar expresamente prevista en la ley y delimitada por la misma. Es por eso que debe estar expresada en la ley. Y si bien es cierto que con el monitorio parece perder relevancia la establece una reforma profunda del título ejecutivo, y por el cual las partes pueden pactar que el título es ejecutivo por la voluntad de las partes. Por otro lado se estaría reformando en materia contractual, pues sería suficiente que por manifestación unilateral del ejecutante monitor se establezca que una prestación bilateral, una de las partes las ha cumplido y podría exigir ejecutivamente. Esto por ejemplo se da con los boletos de compraventas de inmuebles, en el cual sin titular el inmueble el acreedor podrá exigir la obligación simplemente manifestando que ya ha dado la posesión del inmueble y poniendo una cláusula de decaimiento de plazo exigir de una sola vez la totalidad del saldo adeudado, después de haber abonado más del 25 %. Esto abriría la posibilidad de romper con el principio de igualdad de las partes en el contrato, pues, una obligación bilateral, por la simple manifestación del ejecutante se-

ría título ejecutivo. Esto es muy peligroso, por lo cual es importante tasar cuales son los títulos ejecutivos. No debemos olvidar que la ejecutividad nacida de un título ejecutivo es permisión y por tanto una excepción a la regla general. Si es que consideraríamos suficiente el Art.272 del Proyecto para establecer la ejecutividad estaríamos cambiando las reglas juego porque la excepción sería la regla.

b) Necesidad de mantener la cognición reducida y la característica del proceso plenario.

Ya hemos referidos al problema del Proyecto de Código Procesal General que desdoblar el monitorio en una primera fase, que es inaudita parte y la otra fase que no responde a la cognición reducida, dado que el mismo nos remiten a los Art. 267 al 269, del Proyecto de Código Procesal General, con lo cual, de hecho, se ordinariza el monitorio y esto no es otra cosa que negar la cognición reducida como característica del proceso monitorio ejecutivo. La diferencia es grande, pues la segunda parte, en todos los modelos de Monitorio ejecutivo, y lo más cercano es el uruguayo, la segunda fase se concluye con la resolución final sobre la procedencia o no de la oposición, pues con la inversión del contradictorio es esto lo que se discute en esta fase. El diseño propuesto no se ajusta a estas especificaciones. La segunda fase puede concluir admitiendo la oposición, o rechazarla o admitirla parcialmente.

El hecho de remitirnos al Art. 267 del Proyecto por ese solo hecho también lo hace al proceso saneador que no es propio del monitorio ejecutivo y es totalmente inaceptable pues la excepciones del proceso monitorio ejecutivo no son de artículo previo sino constituyen el objeto mismo del proceso. Por otro lado, también las pruebas deben limitarse al objeto de la excepción y no recurrir a la causa. Y, por otra parte el contradictorio abierto debe circunscribirse a si procede o no la oposición.

Debemos tomar como modelo el monitorio ejecutivo uruguayo, en el cual la segunda parte del monitorio conserva la cognición reducida, y resuelve en definitiva el proceso monitorio ejecutivo.

c) Modelo de monitorio no debe negar la doble instancia.

No existe referencia a los recursos que pueden utilizarse en el proceso monitorio. Es necesario y para eso basta tomar como modelo el monitorio ejecutivo del Uruguay. En nuestro caso, desde luego queda claro que la sentencia de la primera fase no admite recurso alguno, porque el hecho que al

deudor se le el derecho a oposición. Pero la segunda fase debe admitir toda clase de recursos como lo hace el modelo italiano, que admite incluso la casación, e independientemente del derecho al juicio ordinario posterior

d) No esta previsto en el proyecto la preparación de los títulos ejecutivos que no tienen autenticidad por si mismo.

Otra deficiencia es que no existe una norma que haga referencia expresa a como lograr autenticidad los títulos ejecutivos de carácter privado. Es cierto que existen los procesos preliminares y entre ellos los procesos previos. Dentro de los procesos previos esta previsto el procedimiento en el Art. 248.2, el cual dejado librado “*a la naturaleza de las diligencias solicitadas*”, pudiera ser que quien es llamado a reconocer una firma, ya lo puede hacer bajo apercibimiento de tenerse por autentica la firma y auténtico el documento en el caso de no comparecer. O bien puede suceder que niegue la autenticidad de la firma, y se tenga que recurrir a pericias, lo cual importa volver a todas las triquiñuelas procesales anteriores. Todos estos trámites admiten el recurso de apelación lo cual lo haría aun más engorroso, y conspiraría contra la regla de cognición reducida que supone debería ser la base de justificación del monitorio ejecutivo.

Es necesario, para salvaguardar la cognición reducida, que se utilice para la autenticidad de los títulos ejecutivos privados, lo que de hecho ya esta previsto en el Art. 272 del Proyecto, cual es sustentar la autenticidad de la firma y por ende del título, en “*la afirmación del actor sometida a la potestad del demandado de oponer excepciones*”. Esto último significa lisa y llanamente que para la autenticidad de los documentos privados debe bastar la afirmación del actor en las condiciones señaladas en el Art. 272 del Proyecto pero bajo la responsabilidad civil del mismo. Es necesario esta referencia, para los títulos privados que carezcan de autenticidad y debe ser expresa.

Remitir a un proceso preliminar para lograr la autenticidad es convertir en nada, el monitorio ejecutivo porque reproduciríamos en este proceso todos los problemas de la acción preparatoria de no comparecencia del citado justificándolo de diversas formas y logrando con ello ganar el tiempo que de hecho se gana con la acción preparatoria actual.

e) No es necesario referir a toda la casuística del embargo, es suficiente instituirlo como ejecutivo, y, en lo demás remitirse al proceso cautelar en lo que le sea aplicable.

Lo que se refiere en esta parte es un defecto de sistemática. La muchas normas destinadas a las diversas clases de embargos se debe reubicar en el capítulo de procesos cautelares.

f) Tampoco fue prevista la ejecución de obligación de dar cosas.

Debe también tener en cuenta que el Código Procesal Civil actual, existe una ejecución de obligación de dar cosas ciertas, y esta puede tramitarse por el monitorio ejecutivo siempre que conste en un título ejecutivo que sea exigible.

### **10. Algunas otras observaciones, en cuanto al proceso cambiario y los procesos de cancelación de títulos**

Es oportuno también referirnos la necesidad de prever al proceso cambiario como monitorio ejecutivo. Se omitido incluir como proceso monitorio ejecutivo al cambiario. Esto es sumamente importante tener en cuenta pues en nuestro derecho están previstos los títulos cambiarios, que están dotados de acción cambiaria pero no esta contemplado el proceso cambiario y esta es una brillante oportunidad para incluirlos.

También es importante, dado que tiene que ver con los títulos ejecutivos cambiarios, el proceso de cancelación de títulos o de privación de eficacia, que debe adoptar el modelo de monitorio como lo hace en sus modelos del derecho comparado y la Ley Uniforme.

Esta es una oportunidad para incluirlos entre los proceso que admiten monitorio.

### **11. Conclusiones**

Antes que nada, debemos reiterar que el Proyecto de Código Procesal General, debe convertirse en una ley, porque es lo mejor que se hizo a nivel nacional, pero, reiteramos un código de esta naturaleza no puede ser trabajo de unos pocos y requiere la colaboración de todos, por lo que proponemos algunas ideas, para ser debatidas y estas son:

a) La preparación de acción ejecutiva en los documentos privados que carecen de autenticidad, debe hacerse directamente bajo *“la afirmación del actor sometida a la potestad del demandado de oponer excepciones”*. Es ne-

cesario que se disponga una norma expresa que así lo establezca, bajo la responsabilidad de daños y perjuicios, en su caso.

b) Es necesario señalar en una norma concreta en el que se indique que el monitorio ejecutivo debe basarse exclusivamente en un *título ejecutivo* y se debe tasar cuales de ellos son reconocidos como tales y no derivarlos sólo a la exigibilidad del monitorio en general, en cual se dispone una norma muy abierta que conspira contra el concepto de título ejecutivo, como excepción.

c) Debe disponer que, en la mal llamada sentencia definitiva provisora, cuando se trata de juicio ejecutivo por la vía del monitorio, siempre debe dictarse como primera medida el embargo con *carácter ejecutivo*. Esto no sucede en el Proyecto de Código Procesal General pues se refiere a embargo en el Art. 277.2 como cautelas o medidas provisionales. En el monitorio ejecutivo el embargo siempre debe ser ejecutivo y debe ser declarado aunque sea con carácter genérico.

d) Debe existir una norma expresa que disponga que en el monitorio ejecutivo no se puede discutir la causa y cuando es un monitorio ejecutivo cambiario, las pruebas y la discusión debe reducirse al derecho cambiario.

e) Debe modificarse el modelo de monitorio ejecutivo, en el sentido de completar el proceso monitorio con un contradictorio con cognición reducida, que se diferente al juicio ordinario, de lo contrario no se justificará implementar el ejecutivo como monitorio, sería más práctico seguir sosteniendo el ejecutivo. Debe fijarse la audiencia para que el mismo Tribunal de la Primera fase, se expida sobre la oposición, a cuyo efecto debe fijar la audiencia preliminar para tentar la conciliación o de lo contrario definir cuales son las excepciones que serán resueltas y se señala una audiencia complementaria para diligenciar las pruebas que deben circunscribirse al título ejecutivo y dictar sentencia sobre los mismos. No es correcto, por lo menos para el proceso monitorio ejecutivo utilizar el juicio ordinario previsto en el Art. 267 del Proyecto. Tal vez lo sea para el monitorio en general y especialmente para el monitorio puro.

f) Es necesario establecer un proceso monitorio ejecutivo de dar cosas, como existe en el proceso vigente, del cual debe extraerse lo positivo y no desecharlo en su totalidad.

### **Bibliografía**

El proceso monitorio de Juan Pablo Correa del Caso. J.M. Bosch Editor– Barcelona España.

Código Procesal Civil Comentado y Concordado de Hernán Casco Paganó.

El proceso monitorio de Juan Luis Elizalde. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. – Montevideo Uruguay.

Curso sobre el Código Procesal General del Proceso– tomo I y II, Fundación de Cultura Universitaria– 1991– Uruguay.

Anteproyecto Código Procesal General de la República del Paraguay.



## EL SISTEMA JURISDICCIONAL INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (\*)

Por Sergio García Ramírez (\*\*)

En estos días, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla en Asunción, Paraguay, una actividad insólita: por primera vez en el cuarto de siglo transcurrido desde el establecimiento de la Corte –instalada en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979– este tribunal internacional celebra un período extraordinario de sesiones fuera de su sede en la capital de Costa Rica para atender, en audiencias públicas, los trámites de asuntos contenciosos de su competencia. Lo ha hecho tomando en cuenta la invitación formulada por el Gobierno paraguayo, que agradecemos, y previa consulta con las partes que intervienen en los casos sujetos a procedimiento ante la Corte. No se hace este género de consultas cuando el Tribunal sesiona en su sede. Es razonable hacerlas, por otra parte, cuando sale de ella y se traslada a un tercer Estado.

En este período extraordinario de sesiones la Corte ha realizado diligencias relacionadas con litigios sobre supuestas –o reales– violaciones a derechos humanos en Chile y Perú; en lo que toca a Chile, por la alegada violación del derecho a la libre expresión de las ideas, y en lo que respecta a Perú, por el alegado de maltrato indebido a inculpados de terrorismo. Asimismo, la Corte ha conocido alegatos acerca de dos medidas provisionales –que son resoluciones precautorias destinadas a preservar derechos en riesgo– dispuestas hace algún tiempo: una, en torno a la situación que guardan los presos en un reclusorio de Argentina; otra, en relación con derechos de una comunidad indígena en Ecuador.

---

(\*) Versión de la conferencia sustentada en el Auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay, el 12 de mayo de 2005.

(\*\*) Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La celebración de este período extraordinario de sesiones, con el que se imprime un nuevo formato a las actuaciones de la Corte Interamericana –sin abandono, por supuesto, del desarrollo tradicional y necesario de las audiencias, como se han realizado en todos los años pasados–, brinda además la oportunidad de establecer una nueva relación con personas e instituciones de países americanos, que permita ampliar el conocimiento que éstas tienen sobre la jurisdicción de la Corte, su desenvolvimiento, sus características, el impacto que ejercen en el ordenamiento jurídico de los países que han concurrido a construir la justicia interamericana protectora de los derechos humanos. Es así que los integrantes de la Corte –de la que formo parte, como presidente durante el período 2004-2006– hemos concurrido a diversas Universidades de Paraguay para explicar ante sus profesores, investigadores y estudiantes el quehacer de esta jurisdicción, como ahora lo hago con ustedes, hospitalarios amigos de la universidad Nacional de Asunción.

Vengo, pues, como juez del tribunal interamericano, pero también –y no en menor medida– como universitario que desea reflexionar frente a otros universitarios con quienes me une un antiguo y profundo lazo de afinidades y expectativas compartidas.

Soy egresado de una universidad pública, entre las septentrionales de América Latina, y luego a otra universidad de la misma naturaleza, entre las meridionales de este continente al que hemos llamado, con una expresión martiana, “nuestra América”. Me considero portador, en consecuencia, de un mensaje de solidaridad, amistad, comunidad de intereses y esperanzas de los universitarios mexicanos para con los universitarios paraguayos, a los que miro con especial respeto y afecto.

Quienes formamos parte de universidades públicas en América Latina reconocemos el gran privilegio que significa acceder a la educación superior por esta vía, gracias al esfuerzo de nuestros pueblos, y el evidente compromiso que esto entraña para la formación de las generaciones del futuro. Mi propia universidad, la Nacional Autónoma de México, se halla presidida por el lema que formuló el ilustre maestro José Vasconcelos: “Por mi raza hablará el espíritu”. La Universidad Nacional de Asunción, afín a este designio, incluye en su propio lema la búsqueda de la verdad, sin alteración ni concesiones. Existe, pues, un enlace magnífico en los propósitos a los que sirven ambas instituciones.

Agradezco a ustedes la hospitalidad que me han brindado –como he agradecido, sincera y vivamente, la que dieron a la Corte Interamericana, en

el curso de estos días, diversas instituciones paraguayas: entre ellas la Corte Suprema y el Congreso—, y la concurrencia a este acto de tan numerosos profesores y estudiantes. Me honra la presencia de ustedes. Saludo con el mayor aprecio al señor rector de la universidad, cuyas palabras amistosas me estimulan, y al señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que acordó con simpatía la posibilidad de que nos encontráramos aquí y ahora, y permitió que compartiéramos, como he anunciado, algunas reflexiones sobre un tribunal internacional establecido en una Convención de la que Paraguay es Estado parte y que ejerce su competencia sobre asuntos contenciosos en los términos del expreso reconocimiento formulado por numerosos Estados, Paraguay entre ellos. No se trata, pues, de una institución ajena a su país y distante de éste, sino de un organismo que Paraguay ha contribuido a formar y sostener, como lo han hecho otros Estados americanos, entre ellos mi propio país, México.

Antes de llegar a este momento —me refiero al vigésimo quinto aniversario de la fundación de la Corte, que celebramos en el año 2004 y recordamos en este 2005—, fue necesario recorrer un largo camino, al que me he referido en otras ocasiones y al que deseo aludir ahora. Muchas cosas han ocurrido en esa extensa travesía, una de ellas, la más relevante, ha sido la admisión generalizada de la tutela que merecen los derechos humanos. Otra, la convicción de que para los fines de esa tutela es posible contar con un tribunal internacional, instituido por la voluntad soberana de los Estados, que en su propio ámbito —un espacio judicial específico— culmine la tarea que en el suyo llevan a cabo los órganos nacionales que tienen a su cargo la protección de los derechos fundamentales. Quiero detenerme un momento sobre estos dos puntos, para precisar el fundamento y la legitimidad de la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

En primer término, recordemos que a partir de los grandes documentos civiles de la segunda mitad del siglo XVIII, precedidos por poderosas corrientes filosóficas, se ha reconocido que la sociedad política —el Estado— tiene como eje de sus ocupaciones y preocupaciones al ser humano. Esto es halla en el origen histórico, lógico, ético del Estado. La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, afirmó con énfasis —como lo hicieron otras declaraciones de aquella época— que la tutela de los derechos humanos constituye el fin de la sociedad política, En las Constituciones oriundas de la sociedad democrática esa tutela constituye la decisión central, la más relevante, que ilumina todas las restantes. Tengamos en cuenta que, como se ha dicho, en la Constitución de una república constan las decisiones políticas fundamentales del pueblo. Ahora bien, la más encumbra-

da acoge el valor radical y singular del hombre, que moviliza todas las fuerzas del Estado hacia la tutela de la dignidad humana.

Por ello, conviene tomar en cuenta que la recepción de la tutela del ser humano en el orden internacional, a partir de las determinaciones convencionales de los Estados, constituye una proyección, un desarrollo, de la decisión política fundamental interna. De esta suerte, se trata de incluir en el escenario internacional la misma atención que ya existe en el nacional, revelando así coherencia política y filosófica entre las afirmaciones internas y externas del Estado. Esta coherencia abarca tanto el reconocimiento de derechos en los tratados internacionales –no analizo ahora las implicaciones del *jus cogens* en este campo, que ciertamente son muy relevantes–, como la tutela de esos derechos por parte de instituciones independientes, entre las que figuran, en primer término, los órganos jurisdiccionales. La protección que se brinda interiormente por medio de tribunales competentes para resolver denuncias o reclamos sobre violaciones a derechos fundamentales, se observa también exteriormente a través de tribunales instituidos, integrados, sostenidos y reconocidos por los Estados.

Aquí surge el tema de la soberanía, que siempre ha figurado en el debate sobre estas cuestiones. Se suele decir que existe una antinomia, un dilema radical entre la defensa de la soberanía, con la suma de las potestades que entraña, y la admisión de compromisos y jurisdicciones internacionales, cuyo desempeño erosiona o sustituye funciones naturalmente encomendadas a los tribunales internos de Estados soberanos. En rigor, el desempeño de la jurisdicción –más todavía cuando se trata de juzgar a los propios Estados– constituye una expresión evidente de la soberanía. Esta controversia pudiera reconstruirse, en mi concepto, bajo términos menos rigurosos. Soberanía no significa, ni podría significar, aislamiento o soledad absolutas: insularidad jurídica, política, económica de los Estados, exentos de relación con otras sociedades políticas y ajenos a cualesquiera compromisos más allá de la observancia interna de sus propias normas para los habitantes del territorio en el que ejercen sus potestades.

En la más común exploración de este tema se ha invocado la analogía entre soberanía del Estado y libertad del individuo. Esta última no entraña soledad o aislamiento, exención de relaciones con otros individuos de la especie, que necesariamente culminan en la asunción de deberes y derechos. Quien pacta con sus semejantes no suprime su libertad ni renuncia a ella, aunque ciertamente los pactos suelen establecerse en el marco de las posibilidades reales, que implican restricciones y determinaciones más o menos im-

portantes. Quien pacta ejerce su libertad en la forma en que quiere o puede hacerlo. Otro tanto —con el relativismo que se cierne sobre estos temas— sucede con la soberanía: el Estado que entra en relación con otros Estados, comparte con ellos convicciones y trabajos, admite deberes y recibe derechos, ejerce —en fin— su soberanía. En función de ésta, puede comparecer en la escena de las relaciones bilaterales y multilaterales y asumir compromisos, con las consecuentes responsabilidades.

Recuérdese, por lo que toca específicamente al tema que ahora nos interesa, que el Estado puede o no formar parte de la Organización de los Estados Americanos, suscribiendo la carta de la organización o absteniéndose de hacerlo. Durante mucho tiempo, por ejemplo, Canadá, Estado en el Continente Americano, no formó parte de la OEA. El Estado puede ser parte de la Convención Americana o no serlo, conforme a sus propias decisiones soberanas. Varios Estados de América no son partes en esa Convención, como tampoco en otras sobre derechos humanos en el orden interamericano. El Estado puede aceptar o no la competencia de la Corte Interamericana en asuntos contenciosos, sometiéndose o sustrayéndose, por lo tanto, a las decisiones que el tribunal adopta. Hay Estados que son parte en la Convención Americana, pero no han admitido aún la competencia contenciosa de la Corte.

Finalmente, un Estado que ingresa en el sistema interamericano —o en otros sistemas de relación internacional— puede reconsiderar su permanencia en él, conforme a su propia decisión soberana, y denunciar la Convención. Esto último significa el apartamiento de compromisos en este campo, entre ellos los relacionados con la jurisdicción contenciosa del Tribunal, cosa que ha sucedido en algún caso. Todo ello concurre a demostrar que la soberanía se mantiene viva —y se ejerce, por supuesto—lo mismo cuando el Estado acepta sujetarse a compromisos sobre derechos humanos derivados de la Convención Americana, que cuando se abstiene de hacerlo.

Paso a referirme ahora al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, referencia para la reunión de la Corte Interamericana en la ciudad de Asunción, en la que aquélla realiza, como he dicho, audiencias públicas sobre casos contenciosos y medidas provisionales, Me parece útil presentar las tareas desenvueltas en este campo por las mujeres y los hombres de América como una obra de construcción de normas, instituciones y prácticas que interesan a quienes forman parte del sistema. Esa construcción compartida apunta a la consecución de mejores condiciones de vida para los individuos y para los pueblos. Constituye, en su propio ámbito, la continuación de los ingentes trabajos realizados por generaciones anteriores con el desig-

nio de rescatar la dignidad humana y proveer a las personas de las condiciones necesarias para la realización de sus potencialidades, el cumplimiento de su destino.

Aludo a la construcción de normas. Se trata, efectivamente, de erigir un ordenamiento compartido en el que se acojan los derechos y las libertades de las personas, conforme a la convicción de los pueblos americanos. Adelante me referiré a los capítulos concluidos en la elaboración del ordenamiento americano sobre derechos humanos. Ahora bien, no sólo hay que coincidir en la expedición de normas; también hay que proveer a su eficacia a través de instituciones que permitan el puntual ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos o consagrados por aquéllas.

Alguna vez señaló Norberto Bobbio que una vez cumplido el capítulo de reconocimiento de los derechos, que culminó en declaraciones y tratados, había que emprender una nueva etapa indispensable, que se cifraría en el establecimiento de los medios para hacerlos efectivos. Esta es la hora de las garantías, que se actualizan a través de órganos a los que pueden recurrir los individuos para afirmar la identidad y titularidad de sus derechos, recuperarlos cuando les han sido arrebatados, reivindicar su ejercicio, evitar su menoscabo. Sin garantías verdaderas, los derechos y las libertades serían irreales, quiméricos: apenas proclamaciones de buena voluntad sin traducción en los hechos.

También es preciso que la construcción se refleje en soluciones específicas a los problemas concretos que surgen en este ámbito: soluciones provistas por esos órganos de tutela, cuya jurisprudencia conforma una nueva doctrina a propósito de los derechos humanos, que tendrá una doble proyección eficiente: en el plano internacional, como orientación sobre el rumbo contemporáneo en esta materia, y en el nacional, como recepción de los llamados estándares internacionales. A la construcción de soluciones específicas se añade la adopción de prácticas en los Estados, que constituyen el traslado efectivo de normas, garantías y soluciones al ejercicio cotidiano del poder, en todas sus aplicaciones.

Todo ello concurre a la construcción compartida de una cultura de los derechos humanos, cada vez más arraigada, influyente, decisiva. Cultura es, en esencia, culto y cultivo: de una convicción sobre el ser humano, la más elevada, la más exigente, y del papel que se asigna al derecho en su conjunto –derecho objetivo, orden jurídico– y a los derechos de cada uno –derechos subjetivos– como medios para la defensa de la dignidad humana, el reconoci-

miento de las manifestaciones de ésta y la solución de los conflictos. La cultura de los derechos humanos constituye fuente y garantía de la versión contemporánea de los derechos de este género.

Hay precedentes de suma importancia en la construcción del ordenamiento moderno sobre los derechos humanos, es decir, en la creación del estatuto jurídico actual del ser humano. Obviamente, entre esos precedentes figuran las corrientes filosófico-políticas que exaltaron el valor del ser humano, tanto desde la perspectiva religiosa como desde la perspectiva laica. Los pensadores que concurrieron a destacar, contra viento y marea, la elevada condición del hombre plantearon las bases para el desarrollo, en este mismo sentido, de futuras instituciones jurídicas. Serían los grandes movimientos revolucionarios de la última parte del siglo XVIII, en América y en Europa, los receptores de aquella ideología. A partir de entonces se han reconocido derechos fundamentales –naturales e imprescriptibles, se dijo– al hombre en su condición de ser humano, sin otras condiciones o exigencias.

Al cabo de la Segunda Guerra Mundial se produjo un vigoroso reconocimiento de los derechos humanos en el orden internacional, que trajo consigo la nueva posición de la persona humana como sujeto –sui generis, si se quiere– del Derecho internacional público. En este sentido, América dio a luz una precursora Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, expedida en Bogotá, en 1948, en la misma circunstancia que produjo la Carta de la Organización de los Estados Americanos. A esa Declaración –semejante, en su naturaleza, a la Declaración Universal que se emitiría pocos meses más tarde, también en 1948–, siguieron intensos trabajos preparatorios del ordenamiento convencional que recogería los derechos humanos y establecería la jurisdicción encargada de tutelarlos.

En este punto me refiero a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, en 1969, instrumento que también previno la existencia –en ocasiones resistida– de una Corte Interamericana con amplia competencia tutelar. Esa Corte fue establecida diez años más tarde, el 3 de septiembre de 1979, en la ciudad de San José. Ha cumplido, pues, más de un cuarto de siglo en el desempeño de sus atribuciones y ha producido una relevante jurisprudencia que concurre a integrar, en su propia dimensión, el orden jurídico internacional americano en la vertiente del Derecho internacional de los derechos humanos.

No es posible que amplíe ahora el comentario en torno al quehacer de la Corte, integrada por siete magistrados oriundos de países americanos. Con-

viene mencionar, sin embargo, que ese Tribunal puede emitir, como en efecto ocurre, opiniones consultivas a solicitud de cualquier Estado americano o de órganos de la OEA mencionados por la Carta de la Organización. Hasta hoy, la Corte ha producido dieciocho opiniones consultivas sobre múltiples temas. Entre ellas figuran, para no referirme sino a las de más reciente fecha, las correspondientes al derecho de los detenidos extranjeros a recibir asistencia consular de las autoridades de su nacionalidad –Opinión Consultiva 16–, a los derechos y la situación jurídica de los menores de edad –Opinión Consultiva 17– y a los derechos humanos de los trabajadores migrantes indocumentados –Opinión Consultiva 18–.

La competencia de la Corte se ejerce, asimismo, en la atención de asuntos litigiosos. Esta competencia, llamada contenciosa, nos ha llevado a conocer un creciente número de casos en los que se alega la violación de derechos recogidos en la Convención Americana, y eventualmente en otros tratados o convenios que reconocen a la Corte competencia en su materia. A través de decenas de sentencias dictadas en asuntos de este género –sentencias sobre cuestiones preliminares, esto es, excepciones procesales; fondo de las contiendas y reparación de las violaciones cometidas–, la Corte ha ejercido su facultad de interpretar y aplicar la Convención. Es ésta, desde luego, la atribución más característica y mejor conocida del Tribunal. Para su desempeño es preciso, como ya señalé, que el Estado demandado haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte a través de un acto formal de aceptación, que puede concurrir con la ratificación del Pacto de San José o manifestarse en forma separada.

También es importante mencionar en este punto las atribuciones que posee la Corte para disponer medidas provisionales. Se trata de medidas de carácter precautorio, destinadas a poner a salvo derechos humanos que se hallan sujetos a grave riesgo, con probabilidad de que se cause un daño que no podría ser reparado posteriormente. La Corte ha conocido igualmente un buen número de solicitudes de adopción de medidas provisionales, planteadas en el curso de los procesos seguidos ante el Tribunal o requeridas antes de que se abra el proceso mismo, cuando la Comisión Interamericana –que tiene la facultad de decretar medidas cautelares– considera indispensable la intervención precautoria de la Corte. Es interesante observar la evolución de la jurisprudencia de la Corte en el análisis de las condiciones de fondo para la adopción de medidas provisionales, así como en la definición de los alcances objetivos y subjetivos de éstas: características de las medidas y personas a las que éstas pueden beneficiar.

En seguida me referiré a la integración del sistema interamericano. Es frecuente que se resuma éste en dos órganos internacionales que cumplen una función de primer orden en la tutela continental de los derechos humanos: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. Sin negar la destacada importancia de ambas instituciones, me parece absolutamente necesario sostener y difundir un concepto mucho más amplio del sistema, consecuente con su verdadera naturaleza y con el eficaz alcance de sus objetivos. El sistema, entendido en su amplio concepto, va mucho más allá de los organismos mencionados.

Para entender este punto hay que considerar los diversos extremos que entran en contacto a la hora de erigir un verdadero sistema en el sentido que ahora interesa. Es preciso, primero, que exista un fundamento conceptual, ideal, que sustente las piezas del sistema. Se trata del cimiento de éste: determinada convicción, cierta idea rectora. Puesto que aquí se trata de un sistema tutelar de derechos humanos, esa convicción y esa idea rectora deben hallarse informadas por datos filosóficos y políticos, que influyen en la elaboración jurídica, acerca de la dignidad humana, los bienes y derechos vinculados con ésta y el papel que incumbe al Estado en una sociedad democrática. Esas convicciones se reúnen en un corpus juris que constituye su expresión normativa: principios, reglas, compromisos, deberes claramente establecidos en instrumentos vinculantes o en costumbres con fuerza preceptiva. Todo ello informa la creación o la recepción de los protagonistas del sistema —es decir, el universo de actores que comparten las convicciones y acatan las disposiciones— y conduce la operación armónica de éstos hacia un fin compartido.

Si nos atenemos a esa caracterización, es preciso reconocer que el sistema interamericano protector de los derechos humanos se funda en las convicciones humanistas, filosóficas y políticas que iluminan las Declaraciones Americana y Universal, y se manifiesta en las disposiciones incorporadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A ésta se agregan, en su propio campo y con la eficacia que se ha reconocido a cada uno, diversos ordenamientos internacionales: los Protocolos de la Convención sobre derechos económicos, sociales y culturales —Protocolo de San Salvador— y abolición de la pena de muerte, y los convenios acerca de tortura, desaparición forzada, no discriminación de la mujer y discapacidad. Me parece importante tomar nota en este catálogo, igualmente, de la Convención contra el Terrorismo, de 2002, en la medida en que reconoce y destaca la primacía de los derechos del ser humano inclusive en el marco de la ardua batalla contra esa delincuencia temible y lesiva.

Los primeros protagonistas del sistema son –deben ser, en todo caso– los Estados que concurren a integrarlo, esto es, los componentes de la Organización de los Estados Americanos, autores de la Convención y sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte, en sus casos respectivos. Es en los Estados, en su espacio político y jurídico, en los que se ha desarrollado inicialmente –como antes señalé– la tutela de los derechos humanos, en sus diversas manifestaciones: reconocimiento, respeto y garantía. A partir de ahí se ha construido el orden internacional de los derechos humanos.

Los Estados que han erigido el sistema se han constituido, asimismo, en garantes de éste, lo que difícilmente podría evolucionar, afirmarse, arraigar, si no existe en su favor una poderosa voluntad política y jurídica de los Estados. Tómese en cuenta que la jurisdicción interamericana tiene solamente carácter subsidiario o complementario de las jurisdicciones nacionales, a las que compete, en primer término, proveer medidas y resolver conflictos. Y considérese, no menos, que las decisiones que emita la institución internacional deben transitar hacia el orden jurídico doméstico a través de los cauces que éste brinde. Sin ellos, corren el riesgo de ser estériles: normas sin ejecución.

En segundo término, la Organización de los Estados Americanos constituye una protagonista destacada del sistema interamericano tutelar de los derechos humanos. La recepción de éstos consta en la Carta de la Organización, al igual que en diversos instrumentos prohijados por ésta. Se halla, constante, en el discurso de la OEA y figura en diversos programas, proyectos, acciones de la propia organización. No es, por cierto, un tema menor o secundario. Si el objetivo primordial de la sociedad política –es decir, del Estado– es la protección de los derechos esenciales del ser humano, el fin principal de una organización de Estados reside en ese mismo proyecto. En otros términos, los Estados se organizan para mejorar la suerte de sus ciudadanos, apoyar el alcance de sus objetivos, brindar condiciones adecuadas para el despliegue de sus potencialidades, Es importante que así sea y así se reconozca, y que este reconocimiento enfático se traduzca en datos de diverso carácter: desde políticos y jurídicos hasta presupuestales.

Desde luego, la Comisión y la Corte Interamericana son piezas esenciales del sistema, protagonistas calificados de éste. Para ello fueron concebidos y a eso destinan sus tareas. La defensa de los derechos humanos, ejercida por diversos medios y vías, constituye la misión institucional de ambos órganos. Empero, no sería trascendente su actividad si no encuentran la recepción que necesitan en los Estados y en la organización de éstos. De ahí la impropiedad

cia de aislar a la Comisión y a la Corte como únicos sujetos obligados a la protección de los derechos. Son personajes en una obra que también tiene otros protagonistas. En términos dramáticos, digamos que cada uno de ellos posee su propio parlamento, su evolución en la escena, cumple cierto papel y sirve a determinada expectativa. La obra es el producto de la interacción de todos.

Se debe mencionar en forma destacada a la víctima –o a quien se presenta como víctima, sujeto al que se lesiona en alguno de sus derechos: aquél cuyos bienes jurídicos sufren menoscabo– y a las organizaciones sociales que asumen la defensa de los intereses y derechos de aquélla. Hablemos primero de la víctima –como es frecuente llamarle, no obstante hay que señalar que la Convención se refiere, más bien, a la “parte lesionada” por la violación que se denuncia o por la que se presenta una demanda–, que es parte en sentido material –para utilizar los conceptos de Carnelutti–, por ser el titular del derecho afectado. La posición actual de la víctima ha experimentado una evolución notable. Señalemos, en primer término, que el artículo 44 de la Convención Americana establece una amplísima legitimación para formular quejas o denuncias ante la Comisión Interamericana, poniendo en marcha, de esta suerte, el procedimiento internacional. Puede hacerlo cualquier persona, grupo de personas u organización registrada en alguno de los Estados partes de la Convención.

Esa fórmula generosa puede reducirse, evidentemente, a un término que concentra los otros: cualquier persona, sea víctima de la violación cometida o no lo sea, se considere o no como víctima de aquélla. Ahora bien, la víctima no es esa “persona cualquiera”, sino el titular del derecho lesionado, aunque la denuncia pueda provenir de un tercero, con lo que se amplía la defensa de los derechos humanos, porque la intervención de ese tercero puede resultar providencial cuando la propia víctima no puede actuar por sí misma o por medio de un representante formal que exponga la denuncia.

En el proceso ante la Corte Interamericana la posición de la víctima ha atravesado varias etapas, conforme a los sucesivos textos del reglamento de la Corte. En la primera etapa, la víctima carecía de legitimación propia: concurría como parte de la delegación de la Comisión Interamericana, titular del derecho de acción procesal conforme al Pacto de San José. Bajo un nuevo texto reglamentario, de 1996, la víctima dispuso la posibilidad de reclamar con autonomía la reparación de los daños que se le causaron. En la actualidad, conforme al reglamento aprobado en el año 2000, la víctima se halla legitimada procesalmente para actuar con autonomía a todo lo largo del pro-

ceso, una vez que la Comisión Interamericana ha formulado la demanda correspondiente. En el porvenir se advierte la posibilidad de que la víctima adquiera mayores facultades procesales, lo cual requeriría –en opinión de muchos– la reforma de la Convención o la emisión de un protocolo que contemple el tema de la legitimación para proponer la acción procesal, que hoy retienen la Comisión y los Estados.

El acceso de las víctimas a la justicia internacional suele operar a través de organizaciones no gubernamentales, antes de la sociedad civil, que se dedican a la defensa de los derechos humanos. Estas agrupaciones solidarias han contribuido significativamente al progreso de esa causa. Son, por títulos y méritos propios, protagonistas del sistema interamericano. Su actuación interesa vivamente al sistema en su conjunto. De ahí que deban ser consideradas como elementos de primer orden a la hora de reflexionar sobre el sistema, mejorar su desempeño, analizar sus expectativas, proveer reformas útiles tanto en el marco normativo como en las prácticas de los otros personajes que llevo mencionados.

En el futuro inmediato –o mejor todavía, ya en el presente– se encuentra la actividad de otro personaje que pudiera concurrir al elenco de los protagonistas del sistema: el ombudsman, que se ha desenvuelto en los países americanos con notable prestancia en el curso de los últimos años. Se halla pendiente la definición última del quehacer de estas entidades en el escenario internacional, considerando dos cuestiones, entre varias: por una parte, que se trata de órganos del Estado, no de agrupaciones de la sociedad civil; por la otra, que se hallan destinadas a la protección de los derechos humanos, protección que no debiera detenerse ante las fronteras nacionales, o que en todo caso debe operar dentro de éstas y a partir de las decisiones que se produzcan fuera, como son las resoluciones –sentencias y medidas–provenientes del Tribunal interamericano.

Hoy día, la función consultiva de la Corte abarca a todos los Estados; la contenciosa sólo a quienes han reconocido esta competencia. Esto implica diferencias apreciables entre el número de los miembros de la Organización de los Estados Americanos, que son treinta y cuatro en pleno ejercicio de sus derechos; el de quienes han suscrito y ratificado la Convención Americana, que son veinticuatro, entre los que no se hallan Canadá, los Estados Unidos y varias repúblicas del Caribe; y los que han aceptado expresamente la competencia contenciosa de la Corte, que son veintiuno. En este último conjunto –al que llegaron en 1998 México y Brasil, y en 1999 la República Dominicana– habitan quinientos millones de seres humanos, que constituyen el ámbito de

validez subjetiva –o el universo de la competencia *ratione personae* de la Corte Interamericana– al que pueden dirigirse las resoluciones del Tribunal regional.

Es evidente la importancia que ha adquirido ese ámbito de competencia contenciosa. Conviene sumarlo al que significa el conjunto de los Estados europeos sobre los que se despliega la jurisdicción de la Corte regional creada por la Convención de Roma de 1950. El Consejo de Europa se integra, hoy día, con más de cuarenta Estados, en los que se hallan ochocientos millones de personas: se extiende de Portugal a Rusia; de Turquía a Irlanda, como el ámbito relativo a la competencia contenciosa interamericana abarca los Estados comprendidos entre el Río Bravo y la Patagonia, más algunos países caribeños. Este es un panorama estimulante –sin olvido de sus deficiencias y limitaciones–, desde luego distinto del que prevalecía en el mundo cuando se dieron los primeros pasos en la era moderna para acuñar, a partir de 1948, un Derecho internacional de los derechos humanos y dotarlo de instrumentos de garantía jurisdiccional y no jurisdiccional.

En los primeros años de su desempeño, la Corte Interamericana se ocupó sobre todo en la emisión de opiniones consultivas, que han sido dieciocho hasta la fecha, como antes dije. Tanto las resueltas en aquella etapa inicial como las emitidas en años recientes han concurrido a integrar un corpus de doctrina que ya influye en las normas, en la jurisprudencia y en las prácticas de muchos Estados, además de que significa una aportación valiosa a la doctrina jusinternacionalista del Continente Americano, cada vez más observada, citada y recibida. Demoró, pues, el planteamiento de asuntos contenciosos. Hoy día, éstos son abundantes, y todo hacer suponer que su número crecerá en el futuro cercano, e igualmente se ampliará el conjunto de los temas a los que se refieren las demandas correspondientes. Inicialmente se presentaron casos de violencia extrema: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias. No han desaparecido los hechos de este carácter, pero han comenzado a aparecer demandas que abordan otras cuestiones.

El sostenido incremento en el número de casos que conoce la Corte Interamericana –incremento que obliga a reflexionar sobre la mejor manera de dotar a esta jurisdicción con los medios para cumplir puntual y eficazmente su encomienda– es consecuencia, en mi concepto, de diversos factores. Uno de ellos, acaso el más relevante, es la mayor expectativa –creciente expectativa– que existe a propósito del sistema interamericano, particularmente en su componente judicial internacional, cada vez más conocido, aunque to-

davía es mucho lo que deberemos hacer para ampliar convenientemente ese conocimiento y aprovechar mejor las potencialidades del sistema de tutela. Otro factor que contribuye a explicar el incremento en el número de casos sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana es el planteamiento, escaso anteriormente, de asuntos relacionados con derechos sociales y económicos: sea que penetren directamente en este campo, sea que linden con él.

También es preciso tomar en cuenta, como factor para el crecimiento de los trabajos de la Corte, el impulso que proveen los cambios incorporados en los reglamentos de la propia Corte y, sobre todo, de la Comisión Interamericana. La idea, recogida en esas normas, de que la regla será presentar ante la Corte los casos debidamente integrados ante la Comisión, acerca de los cuales no haya sido posible obtener solución satisfactoria –por acuerdo amistoso o cumplimiento de recomendaciones–, determina la mayor frecuencia en el empleo del instrumento jurisdiccional. Obviamente, la Corte no puede ni debe opinar sobre la presentación de casos; carece de atribuciones para seleccionar o rechazar éstos, en función de su mayor o menor impacto sobre el conjunto de las normas y las prácticas internacionales acerca de los derechos humanos y de las características que pudieran convertirlos en casos “paradigmáticos”. Esta cuestión, de “política procesal” –si se permite la expresión–, queda fuera de las atribuciones de la Corte, aunque no de los intereses y las reflexiones de quienes observan la marcha del sistema y procuran orientarlo en la forma más adecuada para el desempeño de sus atribuciones y la satisfacción de las expectativas que razonablemente ha creado, que se traducen en la tutela de los seres humanos.

Como antes señalé, las reformas al reglamento de la Corte han mejorado sustancialmente la legitimación procesal de la presunta víctima –el “lesionado”, en términos de la Convención–, hoy dotada con las facultades necesarias para hacer valer directamente sus intereses y derechos a partir de la presentación de la demanda por parte de la Comisión. Esas reformas han determinado, asimismo, un mejor desarrollo del procedimiento y han abreviado considerablemente la tramitación de los casos contenciosos desde el momento en que se incoa el enjuiciamiento hasta el punto en que se resuelve sobre las reparaciones que son consecuencia de las violaciones cometidas, probadas y declaradas en sentencia de condena. Hasta hace poco tiempo, los procesos se prolongaban alrededor de cuarenta meses, en promedio; este tiempo se ha reducido, también en promedio, a cerca de veinte meses. Esto no constituye un dato menor en el conjunto, si se toma en cuenta que la jurisdicción interamericana debe acreditar su propia observancia de la regla de “plazo razonable”, cuyo cumplimiento constituye un tema recurrente en las senten-

cias internacionales que examinan la observancia nacional del debido proceso legal.

Hasta aquí debo llegar ahora en el comentario acerca de la situación actual del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Es obvio que hay muchos otros temas por examinar, El análisis exigiría mucho tiempo y desbordaría la amable paciencia de quienes me han hecho el favor de escucharme. Antes de concluir deseo reiterar la confianza que millones de ciudadanos de los países americanos –compatriotas americanos, pues– han puesto en el sistema internacional de protección, complementario de los sistemas nacionales, que acredita la firme convicción común sobre la dignidad humana y la necesidad de preservarla con particular acento. Y quiero, igualmente, destacar de nueva cuenta la hospitalidad que Paraguay ha brindado al período extraordinario de sesiones que en el año 2005 celebra en esta República, por primera vez en un cuarto se siglo, la Corte Interamericana. Juntos hemos contribuido a iniciar una nueva página en la historia de las prácticas judiciales internacionales.

A este señalamiento agrego, finalmente, mi gratitud –que estoy seguro comparten todos los jueces integrantes del Tribunal– por la recepción amistosa, cálida, que nos ha dispensado la Universidad Nacional de Asunción, con la presencia de sus autoridades –el señor rector, el señor director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, diversos altos funcionarios de esta institución académica–, sus profesores y estudiantes. Para mí, este es un encuentro memorable, que deja constancia de la afinidad de nuestros intereses y convicciones.

Hemos recorrido, cada quien en su propia circunstancia –frecuentemente difícil–, un largo camino en la búsqueda de democracia y respeto a los derechos fundamentales de los seres humanos. Seguramente perseveraremos en ese recorrido para afianzar el imperio de los derechos humanos. No podremos dar por ganado en definitiva el territorio de estos derechos, no obstante el panorama relativamente favorable que tenemos a la vista. En cualquier momento pudieran presentarse vientos desfavorables –los hay, claramente– que sugieran retrocesos o siembren obstáculos en el camino del progreso. De ahí la necesidad de que los jóvenes de América –y en América, los jóvenes del Paraguay– mantengan una actitud vigilante y combativa. En este sentido se orienta la exhortación que hoy hacemos y el compromiso que ahora ratificamos.





# **EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

**Por María Elena Acevedo González (\*) y  
Luis Fernando Sosa Centurión (\*\*)**

Consideraciones respecto al ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el ámbito del Derecho Administrativo. Caso de la supervisión del mercado asegurador.

“El Derecho es para la libertad. Sobre todo el derecho administrativo que es el derecho del poder y que precisamente en esa finalidad encuentra su justificación” (1). Francisco González Navarro.

## **I. NOCIONES PRELIMINARES**

Cualquier sociedad humana, independientemente del grado de civilización en que se encuentre, necesita la estimación de un “orden” como requisito esencial para la armonización de las relaciones interpersonales que en su seno se establecen.

En esta tesitura, se configura el Estado como fenómeno de convivencia organizada donde se observan relaciones de poder y subordinación, revistien-

---

(\*) Encargada de cátedra. Derecho Constitucional Nacional y Comparado (Notariado) Auxiliar de Cátedra de Finanzas Públicas (Derecho).

(\*\*) Titular de Finanzas Públicas. Ex miembro de la Corte Suprema de Justicia, Profesor Adjunto de Derecho Agrario y Ambiental, Profesor Asistente de Derecho Constitucional Nacional y Comparado.

(1) González Navarro, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, t. I, 1a. ed., Pamplona, 1987, p. 40.

do capital importancia el concepto ley (2). De allí el establecimiento de un sistema de reglas de cumplimiento irrestricto para unos y otros, en la prosecución del bien común; causa final del Estado y a fortiori, causa final del Derecho (3).

Apunta Soajes que: “todo título jurídico no tiene valor sino por sus relaciones inmediatas o mediatas al bien común” (4), a lo cual agrega Rodolfo Vigo, que “el ordenamiento jurídico es un medio y un elemento primordial del bien común político” (5). Nótese que la alusión a bien común político, surge considerando la noción de “bien” en cuanto “el ente perfectivo de otro por modo de fin” (6), en contraste al bien común trascendente (Dios, de acuerdo a la Doctrina Tomista), bien común intrínseco.

Entonces, la instauración de un sistema normativo en una sociedad así como la articulación en lo público de las personas y sociedades infrapolíticos para alcanzar el bien común político (7) (vigencia del orden público), constituye un medio fundamental con el que cuentan tanto la autoridad (llamada a

---

(2) Las leyes son “instituciones particulares y precisas del legislador” (E.L., XIX, 14), pero todo lo que tiene poder (desde Dios al Estado) ha de tener una ley, en la medida que sólo la ley ofrece una forma de inteligibilidad. Hay diversos tipos de leyes (derecho natural, derecho divino, derecho eclesiástico, derecho de gentes, civil, doméstico). Nótese, al decir de Soaje Ramos que: “el Derecho se define por la ley y la ley se define por el bien común”. Soaje Ramos, Guido. Sobre la politicidad del derecho, en: Boletín de Estudios Políticos. N° 9, Mendoza. UNC, 1958, p. 84.

(3) El mundo del Derecho se inscribe en ese orden que deriva del bien común político a cuyo servicio está. Vigo, Rodolfo. Las causas del Derecho. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1983. p.178. Soaje Ramos señala que “el Derecho se define por la ley y la ley se define por el bien común”. Soaje Ramos, Guido. Sobre la politicidad del derecho, ob.cit. p. 84.

(4) Soaje Ramos, Guido. Sobre la politicidad del Derecho, en: Boletín de Estudios Políticos. N° 9m, Mendoza UNC, 1958. p. 42. cit. Vigo, Rodolfo. Las causas del Derecho. Ob. cit. p. 178.

(5) Vigo, Rodolfo, Las causas del Derecho ob. cit. p. 178.

(6) Garrigou – Lagrange, Reginald. El realismo... p. 96 Cit. Vigo, Rodolfo. Las causas del derecho. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1983. p.161.

(7) El orden público se interesa en la razón de su objeto: el bien común político (...). El orden público es orden directo de lo humano político, del hombre en cuanto aportante o usufructuante de esa sociedad política, por eso también se puede decir que aquel tiene por sujeto y fin al mismo hombre

generar esa abundancia de bienes materiales, artístico y morales e intelectuales – bienes), como los ciudadanos, a fin de garantizar la convivencia, y en la pretensión última de alcanzar el estado de bienestar.

Es así que surgen con meridiana claridad (*ratio ordinis*), las normas jurídicas que determinan las relaciones jurídicas de los integrantes de la sociedad, las cuales comportan la existencia del orden público jurídico. He aquí que el orden público jurídico se yergue con carácter insoslayable, determinando imperativamente, supletoria o negativamente según lo justo político (legal y distributivo) el modo en que los miembros de una sociedad política con sus conductas y bienes se coordinan, subordinan e integran para lograr el bien común.

En este derrotero y en la temática del análisis *ut infra*, hemos de considerar las actuaciones del Estado, en sus relaciones de Derecho Público surgidas a partir de la organización y actividad de la administración pública y sus órganos (8). Así, en el ejercicio de las potestades acordadas con tal propósito (administración pública), consideraremos particularmente lo que hace al *ius puniendi* del Estado, donde se impone el concepto de “legalidad” vinculado a la “razonabilidad”, como principios rectores, recibidos por seres racionales y libres quienes están obligados al cumplimiento de las normas que hacen el bien común.

Habrà de advertirse que en el ámbito del Derecho Público/Derecho Administrativo, las actuaciones de la Administración se hallan limitadas por el Principio de Legalidad consagrado en forma implícita en el art. 3 *in fine* – Constitución Nacional, al cual habrá de adscribirse bajo pena de nulidad de

---

miembro de ese Estado, para procurarle que “viva y conviva bien”. El orden público, en definitiva es esa situación y esa relación de coordinación, integración o subordinación que según prudencia política – gobernantes y gobernados – o sin contradecir las exigencias de ésta, se establece exteriormente entre los integrantes de esa particular e histórica sociedad política, cuya justificación, medida, rectificaciones, y orientación la brinda el bien común de dicha sociedad. Vigo, Rodolfo. Interpretación jurídica. Del modelo *iuspositivista* legislativa decimonónico a las nuevas perspectivas. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. 1999, p. 191.

(8) Ver Bercaitz, Miguel Angel. El Derecho Administrativo. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VI. Biblioteca Omeba. Driskill S.A. Buenos Aires. 1991. p. 932.

sus actuaciones. El mismo principio es aplicable a los administrados, pero en los alcances del art. 9 de la Carta Magna.

## II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las decisiones administrativas, dictadas a través de organismos, en ejercicio de sus competencias delegadas, ha precisado los conceptos del acto jurídico administrativo. Es decir, que todo obrar jurídico administrativo se llama “acto administrativo”. En sus formas jurídicas pueden ser: acto y hecho administrativo (simple acto o compuesto, reglamento y contrato administrativo).

Este modelo conceptual lo encontramos en Juan Francisco Linares. “La definición del acto administrativo”(9), Horacio Heredia, y Ricardo Lona. “Algo en torno a la noción del acto administrativo”(10); Ricardo Pantoja Bauzá. “Concepto de acto administrativo”. Gustavo Penagos. “El acto administrativo”(12); Miguel Angel Bercaitz “El acto administrativo es una declaración jurídica unilateral y concreta de la administración pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, al par que aplicar el derecho al hecho controvertido”.

Básicamente, la legalidad del acto administrativo debe partir de la CONSTITUCIÓN (Nacional). Es decir, de principios, garantías (Derechos), que la Carta Magna reconoce a todos los ciudadanos. Pues, conforme al tratadista Manuel García Pelayo, en el Derecho Administrativo, la coacción en el ejercicio del derecho no resulta como única esencia...”. Es decir, la posibilidad de obligar a su cumplimiento por el empleo de la violencia física, sino la garantía de su efectividad, o sea que la norma lleve en sí misma la garantía de su cumplimiento regular, que éste no dependa del arbitrio del sujeto llamado a su aplicación ... en una palabra, lo que es esencial al derecho es la seguridad jurídica. La efectividad del Derecho Constitucional radica precisamente en una relación dialéctica entre norma y poder” (13).

---

(9) LL.198E–A896.

(10) LL, 156,13647.

(11) Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1960 p. 13 y ss.

(12) 2da. Edición. Edic. Quirográficas. Bogotá. 1977. p. 13 y ss.

(13) García Pelayo, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. 1985. p.

En la Constitución Nacional de 1992, por la prelación legal determinada en el art. 137, se infiere que la administración pública, en sus potestades funcionales decide por sus atribuciones legales. Por ello el ordenamiento jurídico del Derecho Público, del que forma parte el Derecho Administrativo, debe hacer prevalecer el interés general, de aquí surge la posición del Derecho Administrativo frente al Derecho Civil, en la actualidad y teniendo presente el régimen jurídico de la actividad administrativa, en su variedad de cometidos. Por esto, corresponde a la ley, y así lo debe hacer en qué medida los distintos actos y hechos de la administración están afectados (regulados) por el Derecho Administrativo (Público) o por el Derecho Civil y Comercial (Privado). Corresponde así la aplicación del Derecho Civil en virtud de textos expresos, y en el caso de la administración por actos reglados de las normativas vigentes (leyes, reglamentaciones).

La eficacia de las leyes orgánicas y reglamentarias dependen directa o indirectamente de la Constitución de un país. Entonces, descartada la legalidad de funciones, el “caso jurídico” sometido, debe ser resuelto, pues no cabe admitir error de derecho, desconociendo la existencia de la normativa aplicada, para así impugnar la eficacia de un acto administrativo (jurídico) realizado.

Así, el modelo de estructura legal que estuviere vigente, presentará características y diferencias de los institutos jurídicos, desde el punto de vista de su competencia, y algunos son competentes no solo para organizar (reglamentando), sino también: controlar y sancionar, como autoridad administrativa Estatal. En este punto, la “SANCIÓN” (irregularidad o ilicitud) debe surgir evidentemente probada e individualizada, la gradación de penas. La *cuestio juris* debe resolverse por la ley, reglamentaciones vigentes y en el Paraguay inclusive conforme al art. 6 del Código Civil vigente y el art. 9, de la Ley N° 879/81, concordante con los arts. 3 y 9, segundo párrafo de la Constitución Nacional. Tenemos así el principio de legalidad, como enunciado Constitucional. Éste responde al concepto de la despersonalización del poder. Se impone pues, la racionalidad jurídica, en que las autoridades ejercen el poder público en nombre y atribuciones de la “Ley” y conforme a sus normas reglamentarias.

### **La legitimidad**

Llamada también de la “Legalidad” de validez y juridicidad, y también comprende el mérito de la razonabilidad. La “presunción de legitimidad”, en sustancia significa regularidad del acto, y por ello válido, pues reúne sus re-

quisitos. Por ello, en la eventualidad de “vicios”, siguen siendo regulares. Entonces, la ilegitimidad del acto administrativo requiere ser impugnada administrativamente o jurisdiccionalmente, respecto a la decisión de la autoridad en debido proceso.

Se tiene que la legitimidad en la esfera del Derecho Administrativo, se compone de dos facetas diferentes:

Por una parte, la *legalidad*, que procura ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico positivo mediante la limitación o el condicionamiento del poder jurídico del órgano que lleva a cabo la función administrativa.

Del otro lado, la legitimidad comprende la razonabilidad o justicia de la actuación administrativa, en cuanto exige que los actos y conductas estatales posean un contenido justo, razonable y valioso.

El *principio de legitimidad* constituye la piedra angular de todo en el Derecho Administrativo en cuanto de él derivan los demás principios que informan la serie de actos que lo configuran.

Nótese que la causa eficiente de la actuación de la administración, se integra en atención a los principios jurídicos que constituyen el Derecho Positivo Nacional, configurando un sistema garantístico y de eficacia administrativa, como presupuesto de regularidad.

Esta situación implica, la admisión de la competencia de la autoridad administrativa, comprendiéndose la oportunidad al administrado a exponer sus razones, por lo que ya no cabe desconocer sus “potestades legales”. En tal sentido se presumen legales (porque respetan las normas jurídicas que regulan la producción de resolución administrativa). Admitida la presunción “*juris tantum*”, las pruebas serán sobre los “procedimientos” y “requisitos del acto”, mas no sustancialmente sobre la legitimidad de “funciones”, ejercida por la autoridad en la “relación jurídica administrativa” (14).

Aquí cabe la interrogante: ¿Todas las formas jurídicas de resolución de la actividad administrativa de la autoridad, se presumen regulares y legítimas?, “razones de orden público y por mandato imperativo de una ley, permi-

---

(14) Marienhoff, Manuel. Tratado de Derecho Administrativo. T. II., p. 289 y ss. Cassagne, Juan Carlos. El acto administrativo. p. 330 y ss.

ten afirmar que solo el acto válido y el anulable (de vicio leve), son los que se presumen legítimos, en otros términos, constituyen un acto regular” (15).

No obstante, el control de legitimidad (al igual que el de oportunidad, mérito o conveniencia) se verifica por medio del procedimiento administrativo, que a su vez tiene diferentes tipos. En este sentido pueden apreciarse:

– Procedimientos de los órganos de control: se refieren a la fiscalización interna.

– Procedimientos de formación: se refieren al nacimiento de los actos administrativos.

– Procedimiento recursivo: se refiere a la impugnación de los actos administrativos.

Tanto los procedimientos de formación como los recursivos constituyen garantías formales a favor del administrado, las que le aseguran el poder de reacción frente a actos perjudiciales a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, permitiéndole conseguir la extinción, modificación o reforma del acto lesivo.

Por tanto, la legalidad administrativa se comprende bajo la Constitución y las Leyes, pero varían en la medida que aquéllas encauzan o limitan la actividad administrativa. En algunos casos, las normas legales determinan con precisión lo que deben hacer los órganos administrativos. En otras situaciones, los órganos administrativos deciden con más libertad (dentro de la llamada: Discrecionalidad, enmarcada en los términos de la Ley), porque la ley no determina lo que debe hacerse en los casos concretos, sino que acuerda poderes jurídicos y fija simplemente las líneas generales de la acción futura(16).

A partir de las precedentes argumentaciones, las decisiones administrativas, tanto de efectos reglados como discrecionales tendrán connotaciones de delegación normativa en sus manifestaciones reglamentarias generales o particulares.

---

(15) Dromi, Roberto. Acto y procedimiento administrativo. p. 85 y ss.

(16) Ver Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, Uruguay.

### III. EL IUS PUNIENDI EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### a. Del ius puniendi. Generalidades

El fundamento del monopolio Estatal de la Justicia, entendida como herramienta para la solución de conflictos, se origina en razón de los graves peligros que entraña para toda organización social, la aplicación de la “justicia privada” (defensa propia o autodefensa).

Con tal propósito, a tenor de esta facultad de imponer la “paz social” el Estado se reserva el poder sancionador cuyas expresiones más acabadas se tienen en la represión de conductas consideradas disvaliosas, donde la proscripción de éstas se hallan conminado el Estado en razón de su fin último.

El poder de sancionar acordado al Estado, se encuentra manifestado en mayormente en dos vertientes.

Así, el Ius Puniendi o derecho penal subjetivo ha sido definido como “la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad (17).

Por antonomasia es apreciable el ejercicio de esta facultad del Estado, trasuntada en el derecho penal. Sin embargo, es indiscutible que esta potestad también se manifiesta en el ámbito del Derecho Administrativo, por cuanto aun hoy día parte de la doctrina aún utiliza la denominación de “Derecho Penal Administrativo”.

En sus orígenes la doctrina del Derecho Administrativo sancionador, determinaba su diferencia con respecto al Derecho Penal, en razón de la distinta naturaleza (18) del bien jurídico protegido en el ejercicio del *ius puniendi*.

---

(17) Bustos, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General, 1989, p. 39.

(18) Se sostenía, que mientras el derecho penal protegía el orden jurídico o el quebrantamiento de los bienes jurídicos individuales, el derecho administrativo entraba en juego ante el quebrantamiento de un fin administrativo (bien común). El derecho penal –afirmaba aquella doctrina– tiene por misión reprimir infracciones consideradas violatorias de deberes morales, mientras que el derecho penal administrativo sólo procura eliminar las trabas para la realización del bien público, siendo la pena una reacción de la administración contra el particular que no colabora adecuadamente en sus propósitos, de

La corriente iusnaturalista sostenía, por su parte, que la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo se encontraba en que el ilícito penal violaba tanto el derecho natural como el derecho positivo, mientras que la infracción administrativa suponía sólo la infracción del derecho positivo.

En la actualidad, la doctrina moderna considera que no existe diferencia de naturaleza entre el ilícito penal y la infracción administrativa, de modo que la decisión de reprimir un ilícito mediante la vía penal-judicial o la sancionatoria-administrativa, no atiende al bien jurídico tutelado, sino que se inscribe dentro de la “política legislativa” del momento, de allí que sólo existan entre una y otra, diferencias formales, pues las penas judiciales son aplicadas por el Poder Judicial, mientras que las sanciones administrativas pertenecen al dominio de la administración

Estas mismas facultades (*ius puniendi*) el Estado las ejerce desde su rol de “administrador”, compeliendo a los sujetos comprendidos a su espectro al acatamiento de normas que regulan las relaciones jurídicas que se originan en razón del Derecho Administrativo.

### **b. Diferencias entre el *ius puniendi* en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo**

La coexistencia de la potestad administrativa sancionadora, y la potestad penal judicial, ha llevado a la doctrina a estudiar las relaciones que existen entre ellas. En un primer momento, se consideró que la potestad penal judicial tenía rango originario y la administrativa poseía rango menor, auxiliar o complementario (19).

Sin embargo, esta posición evolucionó hacia la que se mantiene en la actualidad, que postula la identidad de rango y origen entre la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal judicial. Se señala, así, que el *ius puniendi* del Estado es uno sólo, y se desagrega en dos manifestaciones de carácter puramente orgánico: la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal judicial. Los principios generales de rango constitucional que modo que aquella, la pena, nace del poder punitivo autónomo de la administración. De Grazia Suarez, Carmelo. Derecho de los particulares en los procedimientos administrativos sancionatorios. Badell, Grau & De la Grazia. Despacho de abogados. Web.

(19) A esta etapa corresponden las viejas denominaciones –Derecho Penal de Policía y Derecho Penal Administrativo– que se dieron a esta disciplina.

gobiernan el *ius puniendi* (véase arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y conc. de la Constitución Nacional conc. arts. 3 CN), se aplican por lo tanto, de manera directa, a ambas manifestaciones del *ius puniendi*, de allí que tanto la potestad sancionadora de la administración, como la actividad penal judicial quedan sujetas a principios generales comunes, y en ambos planos del poder punitivo del Estado habrá que reconocer que tales principios tienen rango constitucional. Como lo sostuvo el Tribunal Constitucional español en las sentencias del 30 de enero y 8 de junio de 1981 “Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”.

La tesis de la unidad superior del ordenamiento punitivo del Estado, y la consecuente aplicación de los mismos principios al proceso penal judicial y al procedimiento administrativo sancionador, resulta incuestionable por cuanto se señala que la cobertura de las garantías constitucionales que rigen el proceso penal han sido interpretadas ampliamente por la doctrina, en resguardo de las asimetrías que supone la relación jurídica establecida entre la administración y el administrado.

Veamos en el siguiente cuadro, las diferencias en razón del proceso:

### **Proceso judicial**

1. Se refiere a la sucesión de actos que se llevan a cabo ante un organismo jurisdiccional.
2. El concepto de proceso resulta más adecuado para referir al cauce formal de la función jurisdiccional.
3. Habrá proceso jurisdiccional cuando cualquiera de los órganos del Estado (sólo el Poder Judicial – art. 248 CNH) ejerza la función jurisdiccional.
4. El proceso jurisdiccional se encuentra basado en el principio de la preclusión, esto es etapas que una vez cumplidas no pueden reabrirse por el juez ni por las partes.
5. La institución de la cosa juzgada (material y formal) le atribuye a la sentencia una inmutabilidad prácticamente absoluta.

6. El juez o tribunal administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales, interviene en el proceso como un órgano ajeno a las partes de la controversia.

7. El juez se circunscribe a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes.

8. Impera el llamado principio dispositivo, donde el impulso procesal le compete al particular interesado.

### **Procedimiento administrativo**

1. Se refiere a los demás actos sucesivos y correlacionados entre sí a través de los cuales se obtiene un pronunciamiento de un órgano público de esa naturaleza.

2. El procedimiento administrativo constituye el cauce formal de la función administrativa (en sentido material).

3. Habrá procedimiento administrativo en el ámbito de los tres órganos esenciales del Estado (Legislativo, Judicial y Ejecutivo) (cuando éstos realicen función materialmente administrativa).

4. Se admite el informalismo como criterio rector en la substanciación de los trámites procedimentales.

5. Sin perjuicio de la estabilidad que posea el acto en sede administrativa, la decisión final puede ser luego revocada a favor del administrado o en contra del mismo.

6. El procedimiento administrativo es dirigido y coordinado por una de las partes principales, o sea la Administración Pública.

7. El órgano que dirige e impulsa el procedimiento administrativo ajusta su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia de o alegado y probado por el particular.

8. La Administración Pública debe actuar ex officio. El procedimiento es de naturaleza inquisitiva, en virtud del principio de oficialidad

## V. DE LAS FACULTADES PUNITIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Veamos como se verifica esta facultad punitiva del Estado en el Derecho Administrativo en la temática del principio de legalidad que debe enmarcar sus actuaciones.

El Dr. Juan Carlos Cassagne, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, señala que la ingerencia del Estado se halla legitimada en cuanto la “intromisión halla su justificativo racional en el principio de supletoriedad o suplencia” (20). Esto es, la sociedad per se, es insuficiente para resguardar el bien común general en cuanto sus elementos constitutivos no entrañan el imperium –requisito inexcusable en la organización jurídica de un pueblo–, requiriéndose en esta dinámica, el concurso del Estado, a través de un órgano al cual se ha delegado tal función, compatibilizando los derechos de los particulares con el bien común.

En el caso específico de la competencia en el Derecho Administrativo en la perseguibilidad de conductas disvaliosas en su seno (ámbito de aplicación), esta actividad se traduce en el poder de policía o potestades limitativas, como la moderna doctrina ha dado en llamar. Va de suyo que esta posición en sus alcances se halla enmarcada en las normas que conforman el plexo jurídico nacional, circunscribiendo las actuaciones en los límites acordados por la ley.

El ejercicio del ius puniendi del Estado, en sus repercusiones ha de atenerse estrictamente a la observancia de las cláusulas que enmarcan su actuación, como reflejo de la especial trascendencia del principio de legalidad, otorgando seguridad a los administrados, lo cual implica el ejercicio de la libertad de los individuos en términos que les acuerda la ley.

He aquí la ineluctable existencia de predeterminación normativa de las conductas reputadas como lesivas del orden jurídico administrativo, las que hacen expedita la vía de la facultad punitiva de la administración, sin menoscabo de la aplicación de los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional.

En esta inteligencia, es dable la identificación de la garantía de legalidad con el conocido principio penal “nullum crime nulla poena sine lege”.

---

(20) Cassagne, Juan Carlos. Cuestiones de Derecho Administrativo. Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 133.

Ello es así, en cuanto es exigencia legal la existencia previa de una disposición que tipifique la conducta y establezca la sanción aplicable a quienes incurran en dicha conducta (principio de legalidad de la sanción: *nullum poena sine lege*).

El procedimiento sancionatorio en sede administrativa participa de la naturaleza propia del ejercicio del *ius puniendi* penal, donde la administración (órgano) está conminado a reprimir las infracciones al ordenamiento administrativo, sea éste general (sanciones de policía general), sectorial (sanciones de policía especial) o interno (sanciones disciplinarias o correctivas). Todo ello, en cuanto hace al ámbito de su competencia y en los alcances de que determina la ley.

## **V. OTROS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL IUS PUNIENDI**

### **a) Principio de tipicidad exhaustiva**

En esta tesitura, y merced a los intereses afectados, el principio de legalidad solo se entiende cumplido cuando los preceptos jurídicos sancionatorios reúnen la calidad de preexistentes (*lex previa*), al acto sindicado como lesivo del orden normativo. En consecuencia, la norma sancionatoria no sólo debe ser previa, sino también cierta. A este segundo requisito responde el principio de tipicidad exhaustiva.

El principio de tipicidad exhaustiva es una exigencia de seguridad jurídica, y persigue hacer operativa la conminación abstracta que subyace en toda norma sancionatoria, de manera que el administrado conozca el hecho sancionable y tenga oportunidad de evitarlo.

### **b) Principio de razonabilidad. Trascendencia**

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado de Derecho. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador (la administración, en el caso) hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad pa-

rece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Habrà de observarse que este principio inherente a la potestad sancionadora de la administración, ha surgido en cuanto se hace necesario para el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración (v.gr. gradación de las penas).

En efecto, es en el seno de la actuación de la administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la administración para cumplir las obligaciones conminadas por ley.

Todo ello habrá de considerarse inserto en la dinámica de una sociedad en constante cambio, adicionándose la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el “interés general” o el “bien común”, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas.

“En la tensión permanente entre poder y libertad que protagoniza el desenvolvimiento del Derecho Público y por ello también el del Derecho Administrativo, el Estado de Derecho a través de la consagración que formula el principio de legalidad y de la garantía y protección de los Derechos fundamentales, exige un uso jurídico proporcionado del poder, a fin de satisfacer los intereses generales con la menos e indispensable restricción de las libertades” (21).

El principio de proporcionalidad, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”.

(21) López González, Juan Ignacio. “El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo”. Universidad de Sevilla 1998. p. 108.

Esto supone que cuando el Juzgador (sea en ámbito administrativo o jurisdiccional) se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación)

## **V. LA FACULTAD DE SANCIONATORIA. IMPLICANCIAS. ALCANCES**

Tenemos que la administración adscribe su accionar al principio de legalidad, con carácter inexcusable.

La legalidad de sus actuaciones, importa mayoritariamente dos aspectos de la regulación jurídica: la creación del Derecho y el cumplimiento de la norma de derecho. Dicho cumplimiento debe entenderse dentro del amplio marco de ejecución que tienen a su cargo los órganos administrativos de la sociedad.

Nótese que la legalidad no se convierte en concepto muerto, sino que se adscribe a la dinámica de las relaciones jurídicas que se generan en el Derecho, respondiendo a las contingencias que se presentan.

En este orden de cosas, las implicancias de esta coyuntura importan la configuración de ciertas potestades discrecionales a los órganos para agilizar el proceso de aplicación de la norma y alcanzar los fines específicos para los cuales han sido creados. Todo ello, dentro del límite que el propio sistema jurídico señala, posibilitando la solución de las contingencias que se presentan.

## **VII. EL IUS PUNIENDI EN EL ÁMBITO DE LA SUPERVISIÓN DEL MERCADO DE SEGUROS. LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS. DERECHO DE SEGUROS**

El objeto de estudio y aplicación del Derecho Administrativo donde habrán de investigarse hechos de los cuales eventualmente pudiera emerger una sanción, radica en el ejercicio de la potestad punitiva (Ius puniendi) realizada por los órganos del poder público, actuando en función administrativa. Esta facultad responde a los fines de hacer ejecutables la competencia de índole administrativa, y en resguardo del orden al cual se ha conminado a la administración.

Esta competencia, le ha sido otorgada a la Superintendencia de Seguros, por la Ley N° 827/96, a fin de garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública, en aplicación específica al acontecer del mercado asegurador paraguayo.

En esta inteligencia, se tiene que la investigación sumarial (procedimiento en los términos de supuestos de aplicación del *ius puniendi* – art. 100 y ss. de la Ley de Seguros), constituye una herramienta en el ejercicio de las facultades punitivas de la administración, al igual que constituye una garantía para los afectados, posibilitando a éste articular las defensas que correspondan en un procedimiento en los términos del art. 17 con. art. 16 de la Constitución Nacional.

Adviértase asimismo, en cuanto al ejercicio del *ius puniendi* por la autoridad de control del mercado asegurador paraguayo, que éste constituye un mecanismo de corrección de la actividad desplegada por los entes sujetos al control de la administración, así como la oportunidad que tiene el sujeto de control, de interponer las defensas que hagan a su Derecho, esclareciendo situaciones cuya oscuridad o ambigüedad puedan mover la convicción de este ente del Estado respecto a la consideración de situaciones irregulares.

Es así que esta misma facultad, importa el medio idóneo para asegurar al presunto infractor, a ejercer su derecho a la defensa de rango constitucional, en el tiempo y forma indicados por la ley: alegando y probando lo que e resulte favorable, al mismo tiempo que, controla la actuación inquisitiva de la administración.

#### **a. De la configuración del hecho lesivo como presupuesto para la procedencia de la sanción administrativa**

La obligación de los componentes del mercado asegurador, en cuanto el negocio del seguro constituye una actividad controlada, constriñe a los sujetos afectados (administrados) a la observancia de las pautas establecidas por los órganos competentes, en razón del marco jurídico dentro del cual despliegan los actos mercantiles correspondientes. La regularidad de la actividad comercial (seguros: actividad controlada) resulta una imposición sin admitirse pacto en contrario, y como disposición de orden público (art. 127 con. art. 137 CN / Ley N° 827/96, CC y normas concordantes).

Considerando el bien jurídico protegido, tenemos que Derecho Penal reviste carácter de “perseguidos” o de relevancia, los actos ilícitos lesionan

o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales de rango constitucional insertos en un catálogo denominado Código Penal. Sin embargo, el ilícito en materia administrativa, entraña la vulneración de un orden establecido por las normas jurídicas de aplicación al ámbito afectado que rigen la actuación de los sujetos denominados administrados.

En tratándose de la Superintendencia de Seguros, atendiendo a la inserción del órgano del Estado en el ámbito del Derecho Privado (mercado de seguros), el plexo normativo se encuentra determinado tanto por la Ley de Seguros (Ley N° 827/96), como por disposiciones propias del Derecho Privado, como ser: Código Civil, Ley del Comerciante (Ley N° 1034/83), afectando igualmente aquellas que hacen a los derechos del consumidor y el usuario (Ley N° 1334/98), sin menoscabo de fuerza coercitiva que informa las reglamentaciones emanadas del mismo órgano contralor (art. 61 inc. b) – Ley N° 827/96 en conc. art. 136 del mismo cuerpo legal). Todo ello bajo la égida de la disposición del art. 137 de la Constitución Nacional.

Es aquí que el orden establecido con carácter normativo, regulando una actividad fiscalizada por un ente de naturaleza pública, si bien entraña una finalidad tuitiva (protección al asegurado y a la “salud” del mercado), importa asimismo acatar y “hacer acatar” a los sujetos comprendidos en la órbita de sus actuaciones (administrados).

Esta obligación conminada por la ley se trasunta en obligaciones de dar, hacer y no hacer, tanto para los administrados como para la administración (Superintendencia de Seguros). No resulta inadmisibles en este contexto, el análisis de la responsabilidad objetiva en la comisión (acción u omisión) de las contravenciones del orden del Derecho Administrativo Económico, indicando que esta (contravención): “en términos generales supone, en materia de derecho administrativo, la infracción a un precepto claramente establecido, sin consideración a la intencionalidad (22).

Ello es así, pues las normas que informan al Derecho Administrativo, integran la urdimbre del plexo normativo / Derecho Positivo paraguayo, de irrestricto cumplimiento, donde su incumplimiento o minusvaloración a for-

---

(22) Véase, Nilson Pinilla “Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio”, Revista del Banco de la República, Bogotá Julio de 1989, página 35, citando al profesor Enrique Low Murtra. Daniel Fernando Jiménez Responsabilidad Objetiva. Publicación de la Superintendencia Bancaria de Colombia Bogotá. Julio de 2003.

tiori, habrá de considerarse como un atentado contra el mismo orden que integra el sistema jurídico nacional.

El daño en materia de derecho administrativo en puridad, no comprende únicamente la asunción de una consecuencia lesiva materialmente apreciable, sino que se adscribe a la ordenación legal / regulación. En este orden de cosas, la inobservancia por los administrados reputada como infracción, no se circunscribe a cuantificaciones tangibles, sino que en su comisión, comportan un atentado contra el orden establecido importando un menoscabo que vulnera la seguridad jurídica, por la inobservancia de mandatos legales. En este sentido, y dado que la sanción es siempre una medida indirecta establecida por el legislador para obtener la observancia de la norma, esta se configura y resulta impuesta más en los alcances del art. 21 de la Constitución Nacional.

Si a la disposición normativa en este ámbito, se inhibe del carácter coercitivo merced a la falta de punición a su incumplimiento invocando la no-configuración de daño material, ésta pierde su eficacia y resulta letra muerta, careciendo de sentido el control de la actividad fiscalizadora. ¿Qué sentido reviste imposición de reglas, donde éstas no reúnen la entidad de conminatorias merced a la sanción de su incumplimiento?.

Entonces, en el ejercicio de las facultades punitivas de la Superintendencia de seguros habrá de considerarse que esta inobservancia halla su razón de ser en la vulneración de las disposiciones legales que constituyen “deberes” por parte del administrado, las cuales son impuestas con carácter imperativo por la legislación vigente, delegándose la fiscalización (supervisión del respeto de este orden) a la Superintendencia de Seguros de acuerdo a la Ley N° 827/96 – De Seguros.

**b. Del análisis de la pena. Hemos apreciado que el ejercicio del poder de contralor de la Superintendencia de Seguros**, en el marco de la Ley N° 827/96 y normas concordantes (Código Civil, Ley N° 1034/83 Del comerciante, Ley N° 1334/98 De defensa al consumidor, entre otras), no solo comporta la regulación de la actividad aseguradora, sino está llamada al control del cumplimiento de la disciplina legal. La vulneración del orden establecido en este sentido, acarrea la configuración del concepto dañoso, como entidad lesiva del orden jurídico en el cual se desarrolla esta actividad mercantil.

Ésta es la tónica propia del Derecho Administrativo (acorde a la función otorgada a la autoridad de control de seguros), en la persecución de con-

ductas que constituyan alteraciones (inobservancia) del plexo normativo, donde son reputadas como lesivas de este orden y pasibles de sanción.

El actuar de la Superintendencia de Seguros, se adscribe así al principio consagrado en el art. 3 de la Constitución Nacional – Principio de legalidad en la rama del Derecho Público, donde se tiene que el despliegue de su potestad sancionadora, requiere como condición necesaria la observancia de la regulación jurídica limitativa de su accionar.

En el Derecho Administrativo, al igual que en otras ramas del Derecho, la violación de la norma jurídica que trae aparejada sanción, impone un análisis dirigido al estudio del hecho lesivo, en relación a las circunstancias de las irregularidades (o ilícito), a la luz de la proporcionalidad y razonabilidad (principios medulares del Derecho Administrativo), a efectos de justipreciar la sanción.

Es así que, por mandato Constitucional el examen al que habrá de ser sometida la causa, importa forzosamente el criterio peligrosidad – pena, y la readaptación social (art. 21 CN). Es apreciable en la labor desempeñada por el Contralor de seguros la búsqueda de la rectificación de las conductas consideradas lesivas del orden afectado, no así la disminución de bienes jurídicos al culpable.

Por todo ello, las distintas clases de penas son graduables, adaptándose el aumento o disminución, según inclusive a que respondan ocasionalmente a negligencias, como asimismo se sopesa la conducta procesal de los sumariados, la existencia de sanciones anteriores de la misma naturaleza, performance en el mercado, así como las repercusiones lesivas o resultado dañoso de los hechos reputados como irregulares. Cabe destacar que, este último concepto (daño) reviste caracteres que afectan la “gradación” de la pena, no así la configuración del hecho reputado como “infracción”.

## VIII. CONCLUSIÓN

Las exigencias del desarrollo de la actividad de los sujetos del Derecho Administrativo, imponen que la (administración se desenvuelva dentro de las circunstancias reales, donde sus actuaciones habrán de suponer el respeto irrestricto del Estado de Derecho.

Este deber de la administración, trae aparejada la suficiente garantía de la libertad para los ciudadanos, pues éstos se encuentran en condiciones de

imponer el reconocimiento de sus derechos, en razón de que la pervivencia del principio de legalidad supone el mejor antídoto contra el abuso, la arbitrariedad y la discrecionalidad del Estado.

De ello surge que el principio de legalidad en el Derecho Administrativo, en cuanto hace a las facultades punitivas de la administración, constituye tanto límite a la condición de superioridad que reviste el Estado frente al administrado (morigerando las asimetrías), como asimismo, la herramienta para el reconocimiento de los derechos de los administrados, en los alcances que determina el sistema jurídico nacional, en la tutela de la libertad.

### **Bibliografía**

Coviello, Pedro José Jorge, Una Introducción Iusnaturalista al Derecho Administrativo. Revista Prudencia Iuris N° 56. Buenos Aires, Argentina.

Delgado Barrio, Javier. Vigo, Rodolfo L., Sobre los principios jurídicos. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Dromi, Roberto. El procedimiento administrativo. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999.

Linares, Juan Francisco. Poder discrecional administrativo. Arbitrio administrativo. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

Mayer, Otto. Derecho Administrativo Alemán. T. I. Parte General. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1982.

Vigo, Rodolfo L. Interpretación Jurídica. Rubinzal-Culzoni Editores. 1983.

Vigo, Rodolfo L., Las causas del Derecho. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.



## **EXPERIENCIAS EN TORNO A CAMBIOS Y AJUSTES CURRICULARES, ENCARADOS EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA (\*)**

**Por Ramón Pedro Yanzi Ferreira**

Señor Rector de la Universidad Nacional de Asunción, Ing. Pedro González;

Señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta prestigiosa Universidad, Dr. Carlos Fernández Gadea;

Señor Vicerrector;

Señores Catedráticos de la Universidad de Alcalá de Henares;

Señores Miembros del Honorable Consejo Superior de esta Universidad;

Señores Miembros del Honorable Consejo Directivo;

Señores docentes, decanos, invitados;

Señoras y señores

Antes de comenzar, quiero agradecer muy especialmente a este decanato de la Facultad de Derecho y al Honorable Consejo Directivo de esta facultad, la invitación que me cursaran para participar en estas jornadas.

Agradezco muy especialmente las palabras del señor Rector de la Universidad y del señor Decano de la Facultad de Derecho.

Desde sus orígenes, en las postrimerías del período hispano, la carrera de abogacía dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Uni-

---

(\*) Conferencia magistral del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, pronunciada en el acto de apertura del Claustro de Profesores en el mes de octubre del corriente año.

versidad Nacional de Córdoba registró más de cincuenta cambios en sus planes de estudios.

La última reforma sustancial correspondió al año 1956 y ha continuado hasta nuestros días prácticamente con las modificaciones introducidas en los años 1968, 1973, 1975 y 1985.

Dicho plan de estudios, hacia el fin del siglo XX, llevaba una antigüedad de prácticamente 43 años. Pero en el curso de 1998-1999, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba llevó adelante un cuidadoso proceso de reflexión sobre la estructura y organización curricular y las posibilidades de innovación de la carrera de abogacía, una de cuyas consecuencias fue la elaboración del plan de estudios.

Tal reflexión y las alternativas propuestas requirieron la participación de toda la comunidad académica, pero muy especialmente de la experiencia y capacidad de los docentes de la casa, así como de su contribución en la construcción del consenso de un diálogo intra e interdisciplinar, que constituyó por su amplitud y envergadura una promisoriosa experiencia institucional largamente esperada.

Esta propuesta general se enmarca en la misión que la institución plantea, cual es la de formar profesionales del Derecho conscientes de su responsabilidad social y ética, que posean una visión crítica y práctica del Derecho y una formación integral que sirva de vínculo entre la teoría y la práctica.

Se propone un modelo que remarca la integración de la función intelectual y humanista con un enfoque pluralista y multidisciplinario. De ello se deriva que el principal objetivo sea la formación de profesionales comprometidos, capaces de facilitar y organizar acciones, promoviendo soluciones solidarias y justas en el contexto social de su ejercicio profesional.

Antes de comenzar a hablar de cómo se modificó este plan de estudio que duraba 43 años y como bien lo señaló el señor Rector de la Universidad, entró en vigencia en el año 2000, y que este año justamente en el mes de diciembre van a salir los primeros egresados de este plan del año 2000, me voy a referir muy esquemáticamente a lo que es y a lo que fue la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Como bien lo señaló el Rector de esta casa de estudios, la Universidad de Córdoba es la cuarta del continente. Ustedes saben que la primera fue

Santo Domingo 1538, luego la de México conjuntamente con el San Marcos de Lima 1551 y la Universidad de Córdoba 1613.

Los estudios de Derecho en la Universidad de Córdoba prácticamente comienzan con su fundación, 1613, hoy próximo ya a cumplir sus 400 años.

¿Por qué digo esto? Porque cuando se crea la Universidad de Córdoba existía una facultad mayor que era la facultad de Teología, donde se enseñaba el Derecho Canónico. Y a su vez, había una facultad de Artes que era una especie de bachillerato, para luego ingresar a esa Facultad Mayor de Teología.

Pero a partir del 22 de agosto de 1791 se crea la Facultad de Jurisprudencia que es la primera del país. Se crea esta Facultad con una cátedra de Instituta y el primer catedrático de esta cátedra fue Victorino Rodríguez.

Resulta que la Facultad de Derecho pasó por diversas etapas, ya como disciplina, es decir, ya como facultad. Dije recién Facultad de Jurisprudencia y luego adquiere el nombre de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, lo mismo que esta facultad, a partir del año 1879.

Cuando se crea esta Facultad de Jurisprudencia existía una sola cátedra que era la cátedra de Instituta, que estaba regentada por el profesor Victorino Rodríguez. Pero resulta que para completar los estudios, los estudiantes tenían que estudiar el Derecho Canónico en esa Facultad de Teología.

Y eso fue así hasta el año 1807. Este año adquiere una importancia fundamental para la Universidad de Córdoba porque la misma pasa a llamarse Universidad Mayor de San Carlos.

En esta Universidad Mayor de San Carlos la etapa franciscana, entra en vigencia en el año 1807 un nuevo plan de estudios, con las prerrogativas y privilegios que tenían la Universidad de Salamanca y la Universidad de San Marcos.

¿Qué quiere decir los mismos privilegios y prerrogativas de estas dos universidades?

En primer lugar, se asimilaban los planes de estudios de esta Universidad de San Marcos y los de la Universidad de Salamanca a los planes de

estudios de esta Universidad de Córdoba. Luego las cátedras se aprobarían por concurso y a su vez las autoridades eran elegidas por el Claustro.

Y así surgió el primer Rector de la Universidad Nacional de Córdoba elegido por el Claustro que fue Deán Funes.

Se modificó el plan de estudios del año 1807 y lo hace justamente el Deán Funes, ya no había una sola cátedra que era la de Instituta, pues se incorporan también los estudios del Derecho Canónico. Y esto fue así hasta el año 1813-1815, cuando entra a regir un plan definitivo elaborado por el propio Deán Funes, a pedido del Claustro.

Ya se había producido la revolución y este plan fue muy innovador porque ya no eran dos o tres materias; duraban cuatro años, se estudiaba la Instituta, se estudiaba el Derecho Canónico, se comenzó a estudiar las leyes de la patria, se comenzó a estudiar el Derecho Público, el Derecho Natural y el Derecho de Gente.

Este plan del año 1815 tuvo vigencia prácticamente hasta el año 1857, por supuesto con algunas reformas que se introdujeron en el año 1818 con Manuel Antonio de Castro. Con esa reforma de Manuel Antonio de Castro ya la enseñanza de la Instituta no se estudiaba en un solo año los cuatro libros, se hacía dos libros cada año y el Derecho Canónico lo mismo.

Y con ese plan de estudios Dalmacio Velez Sárfield, el gran codificador del Código Civil con la participación del Código de Comercio, fue egresado de nuestra facultad.

En el año 1854 la Universidad Nacional de Córdoba se nacionaliza; a través de un decreto de Urquiza; dicha nacionalización fue ratificada en el año 1856 por una ley del Congreso, carácter que permanece hasta la fecha.

Luego del año 1857 hubo sucesivas reformas de los planes de estudios hasta llegar al año 1956.

Ahora sí, una vez hecha la introducción de la parte histórica, a la que no puedo escapar como profesor de esa ciencia, voy a entrar en lo que es la actual situación de los planes de estudios, que como bien lo señaló el Rector, nosotros lo modificamos después de 43 años, que ahora a fin de año, más precisamente en el mes de diciembre, tenemos los primeros egresados de este nuevo plan de estudios y vamos a tener también los resultados del mismo.

Entonces, desde la nacionalización de la universidad, como dije recién ocurrida en el año 1854, la Facultad de Derecho registró varios cambios de planes de estudios. Si tengo que decir un número, a lo mejor estamos ya cerca de los cincuenta.

Pero la última reforma sustancial fue la de 1956, que luego tuvo diversas modificaciones en los años 68, 73, 75, 85 y que se mantuvo hasta el año 1999.

En el curso de 1998-1999, la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba experimentó un proceso de reflexión y de cambio curricular.

¿Cuáles son los antecedentes y el proceso de diseño de este nuevo plan de estudios?

En el proceso de diseño del plan han sido considerados distintos aspectos provenientes de diferentes ámbitos primero: un aspecto interno propio de la cultura e historia de la institución; segundo, un aspecto disciplinario, referido a los cuerpos de conocimiento y enfoques teórico y metodológico de las áreas que constituyen el campo del saber de la carrera; y tercero, un aspecto externo en dos dimensiones; primero en relación con la oferta de otras instituciones del sistema, y segundo en relación con las necesidades sociales, es decir, lo que la sociedad espera que aporte el futuro profesional.

Desde estas perspectivas, el proyecto incluía en primer lugar, teniendo en cuenta los antecedentes, inquietudes y diagnósticos muy significativos.

En el ámbito interno y particular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, la modificación curricular que se propuso tuvo en cuenta, primero, los anteriores proyectos de modificación de planes de estudios, es decir, los anteproyectos que se habían presentado desde el año 1956 hasta el año 1999.

Por esos anteproyectos también se tuvieron en cuenta los resultados de los Seminarios sobre la enseñanza de Derecho que dirigía el profesor emérito de la Universidad de Córdoba, Dr. Fernando Martínez Paz.

También incluyeron los lineamientos generales previamentes de la modificación del plan de estudios de la carrera de abogacía, que fue aprobado oportunamente por el Honorable Consejo Directivo en el año 1998.

También ya estaba en vigencia una Ley de Educación Superior, que fue sancionada el 20 de julio del año 1995. Conforme al artículo 43 de esta Ley de Educación Superior, las carreras de Derecho, Medicina, Ingeniería, etc., que son carreras de interés público y de riesgo, tienen que estar sometidas a un proceso de autoevaluación interna y externa para la acreditación de la carrera y del grado.

Esta misma Ley de Educación Superior, establece los contenidos mínimos y la carga horaria; en lo que hace a la carrera de Derecho la carga horaria según esta Ley de Educación Superior es de 2.600 horas.

El plan de estudio del año 1956 tenía una carga horaria de sólo 1.400 horas. Este plan de estudio nuevo tiene 2.640 horas, para lo cual y antes de elaborar este plan se hizo el proceso de autoevaluación interna de la facultad. Esto se hizo en el año 1998 y de este proceso de autoevaluación surgen las fortalezas y debilidades que tiene cada una de esas unidades.

Para lo cual se otorgó información acerca del número, características, situación contractual del personal docente, y de los estudiantes, la regulación del orden de estudio, aprobaciones, reprobaciones, número de evaluaciones, la organización administrativa, docente, horarios, calendarios de actividades, evaluación, la infraestructura, disponibilidad de salas y espacio para realizar las actividades curriculares, el equipamiento, instrumentos bibliográficos y tecnológicos para apoyar los procesos docentes y de aprendizaje.

El proceso de autoevaluación permitió detectar tantos aspectos problemáticos como fortalezas del plan de estudio vigente en el año 1999, a la que hay que realizar una proyección sobre las necesidades del cambio y la orientación.

Una cosa que yo me había olvidado, estaba hablando de la parte histórica de la facultad, esta Facultad de Derecho, ya lo señaló también el Rector, está integrado por tres escuelas: la escuela de trabajo social, ciencia de la información que es periodismo y la carrera de abogacía. Entre las tres escuelas, hoy tienen 35.000 estudiantes matriculados: en la carrera de abogacía solo estudiantes activos son 21.834 estudiantes activos de la facultad de Derecho.

También se tuvo en cuenta el cambio disciplinar, que fue generando distintos espacios de sustentación académica y técnica. En tal sentido se cumplieron las siguientes etapas: una primera etapa exploratoria, es decir, entre-

vistas a profesores. Segunda etapa: organización de grupos de discusión con docentes por área disciplinaria.

Luego hubo un proceso de consulta y construcción del currículum, es decir, se integraron grupos consultivos de expertos en metodología y planificación curricular. Se elaboró un documento base que operativizaba los lineamientos y criterios generales fijados por el Honorable Consejo Directivo.

Se constituyeron subcomisiones de difusión curricular, horario disciplinar a las que integraron consultores expertos. Todos los profesores y docentes fueron invitados a las reuniones a fin de generar grupos de trabajo al interior de las líneas disciplinares centrales de la carrera.

Se convocaron consultores externos, es decir, catedráticos que vinieron de otras universidades nacionales y del extranjero, propuestos por los distintos departamentos docentes de la facultad.

En este marco surgieron ejes consensuados, horarios disciplinares, basados en sus propias necesidades académicas y ofertas curriculares concretas.

Se resaltaron los informes que presentaban estos consultores externos, se alternaron posteriormente acciones con grupos ampliados por niveles de la carrera y áreas interdisciplinarias. Se construyó una matriz curricular, basada en las ofertas resaltadas y en los ejes consensuados, la que fue sometida nuevamente a los grupos disciplinares y especialmente a los catedráticos y profesores adjuntos, a fin de establecer la pertinencia de la secuencia de integración.

En el ámbito externo fueron consultados sesenta y dos planes de estudios de facultades de Derecho de universidades nacionales y extranjeras.

Esta exploración y consulta permitieron conocer la oferta de otras instituciones en el sistema y valorar la vigencia de asignaturas, que ya se encontraban en el plan vigente.

En relación con las necesidades sociales, es decir lo que la sociedad espera que aporte el futuro profesional, y las posibilidades de inserción del mismo, se realizaron entrevistas a informantes claves y se consultó la normativa nacional acerca de los títulos de incumbencia que es una resolución interna, la N° 1.560 del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación.

Todos los aspectos señalados convergieron para la formulación de la propuesta del plan y de las especificidades propias.

La estrategia de construcción curricular se basó en los tres aspectos ya descriptos, adoptando el paradigma prevaleciente hoy en la educación, centrado en promover una nueva cultura académica donde estudiantes y profesores trabajen asociadamente en interacción.

La meta que tiene esta estrategia es la implementación de una nueva cultura en las estructuras y proceso educativo de la abogacía, es decir, estudiantes y profesores trabajando juntos para producir y fortalecer un desarrollo en los aprendizajes y estimular el aprender a aprender institucionalmente.

Pero es importante señalar que el proyecto económico obtenido por la Facultad de Derecho en su momento fue en el año 1998, a través de la aprobación de un proyecto FOMEC, que era un fondo para el mejoramiento de la calidad académica, que en ese momento era un millón de pesos argentinos, es que con la paridad del dólar que estaba en 1998-99 significaba un millón de dólares.

Esto permitió contratar a los profesores, y consultores externos como dije recién, por área disciplinar en esta etapa del proyecto. Dichos fondos fueron administrados directamente por el rectorado, y estaban destinados a pagar exclusivamente a los profesores consultores o visitantes, a los becarios, a los pasantes, equipamientos informáticos y bibliográficos. Cabe aclarar que no cubría gastos administrativos ni honorarios adicionales de ningún tipo para docentes de las facultades.

¿Cuáles son los lieneamientos generales utilizados para el diseño curricular? Ello surge del análisis de los antecedentes y de los resultados del proceso de autoevaluación como dije recién, y constituyen el ámbito de consenso de la comunidad educativa sobre la necesidad de cambio del plan de estudios. Y fueron utilizados como guía y orientación para el rediseño del plan estos ejes y criterios generales que se detallan a continuación:

- 1) Lograr un mayor equilibrio entre la formación teórica y la formación práctica, fortaleciendo esta última,

- 2) Fortalecer la especialización de los contenidos jurídicos en relación a los contenidos básicos e introductorios.

- 3) Actualizar y flexibilizar los contenidos curriculares.
- 4) Mejorar el sistema de correlatividades.
- 5) Fortalecer la formación jurídica del alumno en los primeros años de la carrera,
- 6) Profundizar el estudio de la relación entre el sistema jurídico y las estructuras y los procesos políticos, económicos y sociales.
- 7) Diseñar un régimen de curso no anual de las asignaturas, porque nosotros no solamente cambiamos el plan de estudio sino también cambiamos el régimen de enseñanza.

Ustedes saben, por lo menos conforme a la normativa del Ministerio de Educación de la Nación, un plan de estudio está integrado por el plan de estudio, el régimen de correlatividades y el sistema de compatibilización entre el plan de estudio anterior y el nuevo.

Pero la Facultad de Derecho también modificó el régimen de enseñanza pues conforme al plan anterior las clases no eran obligatorias, tenían que aprobar dos parciales con una nota no inferior a cuatro y regularizarla.

Hoy las clases del sistema que tienen también con este plan de estudio y el régimen de enseñanza son clases semestrales, son obligatorias. Es decir, hay tres tipos de estudiantes: los libres, regulares y promocionales.

Para ser promocional tiene que asistir al 80% de las clases del docente y aprobar dos parciales con una nota no promediada sino con una nota no inferior a 7 (siete). Y a su vez por el principio de autonomía de las cátedras, cada docente presenta cuál sería la evaluación final para la promoción.

Para el alumno regular tiene que tener el 50% de las clases obligatorias y aprobar dos parciales con una nota no inferior a 4 (cuatro), ese alumno es regular. El alumno que no llega al 50% o no aprobó un parcial, directamente pasa a la categoría de alumno libre.

Este sistema de las clases obligatorias dio un gran resultado para la facultad: yo dicto clases, soy profesor, recién he señalado en mi historia jurídica; por ahí los estudiantes me dicen, muy especialmente según el plan de estudio anterior que yo soy bastante exigente conforme a la nota.

Muchas veces los parciales del plan de los chicos, el plan de estudio viejo que las clases no son obligatorias, van directamente a los parciales, terminado de clasificar los parciales y por ahí me daba cuenta que había bastante aplazados, entonces los volvía a releer nuevamente esos parciales para ver si podía aumentar, para que llegara al cuatro para que pudieran regularizar.

Hoy día con las clases obligatorias que tienen los estudiantes, este año me pasó y el año pasado porque Historia Jurídica está en cuarto año, este año recién los chicos en el plan de estudio nuevo, me pasa totalmente a la inversa, o me he puesto más viejo o directamente voy aprobando mucho, porque cuando termino de clasificar esos parciales de los estudiantes del plan de estudio nuevo, la verdad que las notas que pongo, hasta yo mismo me he asustado, y por ahí lo he vuelto a releer para ver si se podía o no, porque eran muchos diez, que la nota máxima sobresaliente o distinguido, y también muchos nueve .

Les quiero decir que los chicos con la clase obligatoria, con el contacto permanente que tiene con el docente es muy importante. Yo veo y siempre lo digo, por experiencia de docente, que para hacer cualquier pregunta si no se conoce el tema la verdad que no se puede preguntar. No obstante, que es mi costumbre como docente decir, por ejemplo, la próxima clase voy a hablar sobre tal tema, para que en definitiva puedan leerlo por cualquier bibliografía de lo que se le ha suministrado en la cátedra.

Pero no obstante eso, los chicos con el plan de estudio nuevo, con las clases obligatorias, con el contacto directo con el docente, las preguntas son preguntas inteligentes. Por ejemplo yo me quedo admirado este año cuando los estudiantes levantan la mano y me dicen “doctor usted está diciendo tal cosa, pero yo leí el autor tanto y dice tanto y tanto”, y habla cuatro, cinco o diez minutos del autor ese. Me sorprende, porque en definitiva es una pregunta inteligente y nada que ver con lo que pasaba con los estudiantes del plan de estudio anterior cuando, en definitiva, las clases no eran obligatorias.

Yo creo que el sistema de las clases obligatorias y el contacto directo y permanente con el docente ha dado buenos resultados.

Yo estaba con los criterios generales para el diseño, me faltaba mencionar que también es fundamental incentivar la integración multi e interdisciplinaria y la articulación de asignaturas y contenidos curriculares.

Tomar como antecedentes para la elaboración del plan de estudios los anteriores proyectos, en todo aquello que resulte compatible con los criterios o lineamientos generales, que se anuncien con anterioridad.

Que la propuesta del plan de estudio estaba basada en el diagnóstico que resultaba de la autoevaluación que había comenzado en el año 1998.

Ahora vayamos al Plan de Estudios, Componente y Estructuración. Este plan de estudio propuesto contiene variados elementos, todos internamente coherentes y producto de decisiones previas, secuenciales a lo largo de la estrategia de autorelación o reflexión y consenso antes referida.

¿Cuál era el perfil profesional que se buscaba con este plan de estudios? Las necesidades sociales, roles a cumplir en la sociedad, institucionales, disciplinarias, personales, intereses que manifiestan los estudiantes, se traducen en roles o funciones que son los elementos constitutivos básicos, orientadores del perfil de la carrera.

Estos requerimientos llegan a definir un perfil que debe presentar un grado importante de semejanzas entre todas las facultades formadoras, pero también incorporar un rol que puede o no ser complementario que hable de la impronta institucional.

En este punto cabe anotar que nuestra facultad incluye otras características: valores, tendencias, competencia, que son propias, que aprecien la identidad que quisiera trasladar a la formación de sus alumnos.

Este criterio de contextualización es significativo al momento de fundamentar la especificación de la formación por parte de una institución. A modo de ejemplo y de acuerdo con algunos documentos revisados, es posible observar que las facultades expresan que el futuro abogado se desempeñe en el ejercicio de la magistratura, administración pública, carrera diplomática, carrera académica y en el libre ejercicio de la profesión. Dentro de estos ámbitos de desempeño el abogado podría asumir roles de derecho; se eligió también un perfil del abogado generalista, cuyas principales características son: formado en el pensamiento jurídico, su método y su aplicación, con conocimiento de la norma jurídica y con habilidad para enfrentar los problemas profesionales de forma integral, capaz de interpretar las normas escritas y la doctrina jurídica, y formado para la creación de nuevas normas. Entrenado para resolver problemas concretos de orden jurídico, con actitud reflexiva y de adaptación para adecuarse a las nuevas demandas que los cambios econó-

micos, políticos, sociales y culturales imponen a la profesión, con actitud crítica e innovadora, con capacidad para desempeñarse de manera humanista y ética, con habilidades para actuar en diferentes campos del ámbito social, interesado en emprender proyectos y trabajos de investigación jurídica con metodología propia. El sello institucional lleva una formación integral y humanista que completa el perfil profesional generalista.

***Roles, Conocimientos, Habilidades y Actitudes:*** Del perfil profesional se derivan roles, conocimientos, habilidades y actitudes que la institución procurará desarrollar mediante la estructuración del plan de estudio. Para cada rol fue definido un cuerpo de conocimientos relevantes, habilidades y destrezas, actitudes y valores.

***Orientación y Objetivos de este Plan de Estudio:*** La orientación del plan de estudio se deriva de la articulación de los roles y de la exigencia de la disciplina en los distintos niveles de la formación.

Los objetivos se desprenden de los roles explicitados en el perfil profesional, de la orientación que se da, del proyecto de formación, de la definición de objetivos que la universidad y la facultad han propuesto para la carrera de grado, de los imperativos del campo disciplinario y de los elementos propios de la formación como conocimientos, saberes a dominar, habilidad y destreza, actitudes, valores y comportamientos adquiridos. Ellos son:

— capacitar para el conocimiento sustancial del Derecho Positivo y de las grandes categorías del Derecho;

— capacitar para resolver problemas profesionales complejos, manejar con precisión el lenguaje técnico e imaginar soluciones jurídicas originales ante las nuevas exigencias del ejercicio profesional;

— desarrollar habilidades para analizar críticamente el sistema jurídico e incentivar el interés por la investigación;

— formar para el análisis de la decisión y práctica judicial, capacitar para el reconocimiento de la necesidad de la sociedad y de las transformaciones del Derecho y de la organización de la justicia;

— formar para la titulación axiológica de las diversas interpretaciones que la norma permite efectuar.

***Titulación e Incumbencias Profesionales:*** Los alumnos que cumplan los requisitos de este plan de estudio de la carrera obtendrán el título de abogado, cuyas incumbencias son las establecidas, como dije recién, en esa Resolución N° 1.560 del año 98 del Ministerio de Educación de la Nación, y que son:

- ejercer el patrocinio y la representación en actuaciones judiciales y administrativas;
- asesorar en todo asunto que requiera opinión jurídica;
- desempeñar la función judicial;
- realizar funciones de representación patrocinio y asesoramiento de la actividad pública;
- intervenir en toda otra actividad que requiera el conocimiento del derecho.

Existe, también programas en la matriz curricular de asignaturas optativas, cursos, seminarios y talleres que posibiliten el mejoramiento del plan de estudio y permiten la actualización, la innovación y la incorporación de hallazgos disciplinares recientes con una inclusión de situaciones coyunturales.

¿Cuáles son los aspectos generales y las principales fortalezas de este plan de estudio? Procura un mayor equilibrio entre la enseñanza teórica y la enseñanza práctica, sin disminuir la primera e incluyendo cuatro asignaturas y dos talleres de jurisprudencia.

Aumenta la presencia del Derecho Procesal, con la incorporación de contenidos de Derecho Procesal Público. Se incorpora el Derecho Procesal Constitucional: en el plan anterior estaba el Derecho Constitucional y con el nuevo plan de estudio se mantiene, por supuesto, el Derecho Constitucional y se incorpora como asignatura autónoma el Derecho Procesal Constitucional.

Se incorpora también el Derecho Procesal Administrativo otra materia de Derecho Procesal que es Teoría General del Proceso. En el plan anterior solamente existía en lo que hace al Derecho Procesal el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal.

Unifica los contenidos de Derecho Civil y Comercial en una línea curricular, hoy se llaman asignaturas de Derecho Privado. Aumenta la presencia de las asignaturas de Derecho Público sin mengua de Derecho Privado. Elimina los contenidos introductorios de asignaturas no jurídicas, manteniendo exclusivamente la asignatura de introducción al Derecho. Unifica contenidos del Derecho Romano en una asignatura.

Para la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, el Derecho Romano tuvo una gran importancia y se mantuvo desde el año 1857 con el nombre del Derecho Romano como disciplina autónoma, hasta la fecha. Lo que pasa es que se enseñaba Derecho Romano I y Derecho Romano II, pero por este nuevo plan de estudio se unifica en una sola materia se mantiene esta asignatura como materia obligatoria.

Promueve la especialización de algunas asignaturas con contenidos extralegales como sociología jurídica, problema del conocimiento y forma de razonamiento jurídico, orientándola hacia una perspectiva centrada en el fenómeno jurídico. En el plan anterior esta materia era sociología que a su vez se mantuvo desde el 23 de marzo del año 1907 hasta la fecha; pero a partir de este estudio nuevo se llama Sociología Jurídica, y la Introducción a la Filosofía, que también fue una vieja materia del plan de estudio anterior, hoy esa materia conforme a este nuevo plan se llama Problema del Conocimiento y Forma de Razonamiento Jurídico.

Favorece la actualización curricular mediante la incorporación o expansión de nuevas asignaturas y contenidos como por ejemplo, daños integra- dos, derecho bancario, bolsa y seguro, derecho privado, teoría del conflicto y de la decisión, y métodos de resolución de conflictos.

Flexibiliza la estructura curricular a través de la inclusión de asignatu- ras, seminarios, cursos y talleres opcionales: cuatro con contenido a definir en los últimos cuatro semestres.

Estos espacios curriculares están destinados a ofrecer contenido sobre temas especializados y de carácter interdisciplinario.

Favorece la articulación de la asignatura en líneas curriculares y el secuenciamiento de sus contenidos en crecientes niveles de complejidad, todo ello orientado hacia la integración de los conocimientos.

Aumenta el número de horas de dictados activos de clases, posibilitando así el cumplimiento de las reglamentaciones nacionales que regulan la enseñanza universitaria de grado y los criterios exigidos para la acreditación de las carreras de grado. Como dije recién, según esta Ley de Educación Superior la carga horaria para la carrera de abogacía no tiene que ser inferior a 2.600 horas; ello fue diseñado sin aumentar los años cursados, que se mantienen en seis.

El dictado de clases se organiza por semestre, lo que presenta diversas, ventajas entre otras: permite a los alumnos el cursado simultáneo de menos asignaturas, con el propósito de mejorar su rendimiento académico. Se aspira, asimismo, a posibilitar a los docentes el cumplimiento de actividades de investigación, publicación, capacitación, formación de recursos humanos y de extensión durante un semestre por año.

Lo anteriormente descrito se combina con que el número de clases para el dictado de la asignatura que es mayor que el plan anterior, se aumenta la duración de las clases, lo cual favorece el desarrollo de los contenidos de cada asignatura y permite un mejoramiento en tiempo de la oferta académica.

***Contenido del Plan de Estudio:*** Hay asignaturas, cursos, seminarios y talleres que en total son cuarenta y cuatro, entre asignaturas y cursos o materias opcionales. El plan de estudio está compuesto por 38 asignaturas, dos talleres obligatorios que son 240 horas más asignaturas, cursos, seminarios, talleres, lo que suman 43 asignaturas en total.

Hay asignaturas obligatorias y asignaturas opcionales. Las asignaturas obligatorias son aquellas cuya aprobación o requisitos exigidos para todos los alumnos que aspiran obtener el título de abogado. Las asignaturas opcionales son aquellas asignaturas, cursos, seminarios o talleres de libre elección para el alumno entre un listado de oferta académica que cada cátedra presenta y que se puede repetir o no un semestre, un año o varios años.

***Estructura del Plan de Estudio y Secuenciamiento de los Contenidos:*** El plan de estudio procura organizar la carrera como una secuencia coherente de asignaturas progresiva y gradual, que partiendo de lo más general avance hacia la mayor especialización de los contenidos. Se contempla, además, la posibilidad de que la formación de grado se complemente y profundice con posteriores estudios de postgrado.

Por supuesto, también se modificó –como yo dije recién, que cuando se va a modificar conforme a la normativa del Ministerio de Educación de la Nación, está el plan de estudio– el régimen de correlatividades y el sistema de compatibilización. Se modificó también, por supuesto, el sistema de correlatividad en que yo, por razones de tiempo, no me voy a detener.

En este plan de estudio, se le dio una gran importancia porque lo está pidiendo, lo está requiriendo la Ley Superior de Educación, a la Práctica Profesional, al Derecho Procesal y al Derecho Público.

¿Cuáles son los criterios para la enseñanza práctica? Sin perjuicio naturalmente, la enseñanza práctica incluye dos talleres de jurisprudencia y tres materias: práctica profesional I, práctica profesional II y práctica profesional III.

Sobre la ejercitación de prácticas que se juzguen necesarias o convenientes durante el dictado de cada asignatura, el currículum incorpora nuevos espacios para la adquisición de habilidades y destrezas por parte del estudiante, a través de asignaturas específicas, talleres de jurisprudencia, prácticas profesionales, etc.

Los criterios sobre los que se articula la enseñanza práctica son: la interdisciplinariedad, convergencia entre el derecho sustantivo y el procesal en sus diversas áreas, la inclusión de una etapa judicial y pre-judicial, trabajos con actos válidos y no válidos, capacitación no solo para el rol del abogado litigante sino también para los actos de administración de justicia, asesoramiento, negociación y mediación. Algunas de las actividades sugeridas son: la simulación, estudio del caso, pasantías, etc.

Esto es lo que yo estoy diciendo ahora en relación a cuándo se elaboró este plan de estudio, pero resulta que ahora en diciembre tenemos el resultado de este nuevo plan de estudio.

Y en la práctica profesional III se han firmado varios convenios con el Poder Judicial, con el gobierno, con la legislatura, con la sociedad de magistrados, con los colegios de abogados donde los estudiantes van a hacer –esta práctica III forma parte integrante de la currícula– prácticas en el Poder Judicial, legislatura, colegio de abogados, asociación de magistrados, etc., con muy buenos resultados.

Yo, por razones de tiempo, después me someto a cualquier pregunta que me quieran hacer, pero lo que tiene una facultad es justamente el plan de estudio. El plan de estudio como es lo más representativo –así como en una cátedra lo más representativo es el programa por el cual hay que estudiar– no quiere decir que un programa puede durar tantos años porque conforme el resultado, una vez que se modifique el plan de estudio, se le puede hacer o no algunas sacudidas o algunos ajustes.

El plan de estudio prácticamente hasta el año 1856, hubo en la Facultad de Derecho en Córdoba entre cuarenta y cincuenta planes de estudios. Pero después del año 1956 se mantuvo cuarenta y tres años y medio. Un plan de estudio tampoco es para que dure cuarenta y tres años y medio, porque nosotros ya estamos abocados con el resultado de la primera promoción de este nuevo plan de estudio y hacerle un ajuste a este plan que yo lo acabo de sintetizar, que se ha aprobado y que entró en vigencia en el año 2000.

Yo les agradezco a todos ustedes y me someto a cualquier pregunta que ustedes me quieran hacer, no sé, trato de ser claro o no, pero si me quieren preguntar algo yo con mucho gusto puedo responder.

Yo antes de concluir quiero hacer entrega, porque he traído especialmente para esta Facultad de Derecho a la cual yo respeto y quiero mucho, he traído el escudo de la Universidad, una placa para hacer entrega formal y un libro que se ha publicado recientemente sobre Damacio Vélez Sárfield para la biblioteca de esta facultad. Ahí lo tengo, quiero hacer entrega. Muchas gracias.





# **LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: LA CONSULTA PREJUDICIAL (\*)**

**Por Ricardo Vigil Toledo (\*\*)**

## **INTRODUCCIÓN**

Cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas celebró sus Bodas de Oro en el año 2002, convocó, como parte central del homenaje, la realización de un Coloquio Internacional sobre el tema de la Cooperación entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los Órganos Jurisdiccionales Nacionales e invitó a todos los presidentes de los Tribunales Internacionales, y a los presidentes de las Cortes Supremas y Constitucionales de Europa. La elección del tema fue un gesto simbólico para resaltar que la piedra de toque del Sistema Jurisdiccional de las Comunidades Europeas reposa en el mecanismo de la Consulta Prejudicial, que es como se hace efectiva esta indispensable cooperación. La inclusión de esta monografía en el Libro que se publica con ocasión de la celebración de las Bodas de Plata del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se inscribe también como un homenaje a esa cooperación y su forma de materializarse, que hace a los jueces nacionales depositarios del control de la legalidad y del porvenir de la Comunidad al convertirlos en jueces comunitarios, asegurando con ello la correcta y uniforme interpretación del Derecho Comunitario.

---

(\*) Ponencia presentada en el Primer encuentro de los magistrados de las Cortes Supremas de los países de la CAN, del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, realizada el 12, 13 y 14 de octubre de 2005 en Lima, Arequipa (Perú).

(\*\*) Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

No obstante el tiempo transcurrido que recuerdan éstos homenajes, tanto en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sigue siendo motivo de preocupación que esta cooperación no se haya cristalizado lo suficiente como para coadyuvar a la profundización de la integración regional y para que los beneficios de este proceso lleguen a los justiciables, ya que en palabras de Pescatore, que fuera egregio presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, la comunidad es “un sistema que únicamente puede funcionar dentro de un espíritu de cooperación y de mutuo respeto”(1). Tal vez la solución al problema resida en un adecuado sistema de difusión, no solo en coloquios y seminarios como el que organizara el Tribunal de las Comunidades Europeas, sino en la inclusión del tema en los programas académicos de Derecho de los países miembros, pero, sobre todo, dotando a los magistrados de las jurisdicciones nacionales de los medios y las facilidades necesarias para la correcta aplicación en todo el territorio comunitario de este nuevo Derecho positivo y vinculante del que depende el futuro de la integración regional.

Esta falta de acceso al Derecho comunitario no es privativa de nuestra Subregión. También ocurre en la Unión Europea, donde fue creado. Basta revisar las actas de la V Asamblea de la Asociación de Jueces y Magistrados, en Puerto de la Cruz, España, en 1991, para constatar este hecho pues ahí se concluía que: “Los jueces españoles, en general, fundamentan esporádica y escuetamente en sus sentencias el Derecho comunitario europeo. La formación jurídico comunitaria en el juez es insuficiente y la política del Consejo General del Poder Judicial respecto del perfeccionamiento judicial en esta materia es deficiente o inexistente”. Doce años más tarde, en el año 2002, en el informe del Grupo de Reflexión sobre el Futuro del Sistema Jurisdiccional de la Comunidad o Unión Europea, en el llamado “Informe de Ole Due” en homenaje a quien fuera su presidente y ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se decía: “El Grupo no oculta que el aspecto esencial de las reformas propuestas es una mejor aptitud de los jueces nacionales para solucionar por sí mismos, con clarividencia un número creciente de cuestiones de Derecho comunitario que surgen en el ejercicio de sus competencias nacionales” y este resultado solo puede obtenerse mediante: “a) una mejor formación en Derecho comunitario a través de las consultas prejudiciales; b) disposición de estos profesionales de los medios que les permitan conocer los elementos de legislación y jurisprudencia en esta materia”.

---

(1) Dámaso Ruiz Jarabo. P. Pescatore, “Le droit de l’integration” Ed. Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Ginebra 1972, p. 89 en Sistemas de Solución de Conflictos y Órganos Jurisdiccionales de la Unión

## 1. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Al igual que en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) La interpretación prejudicial también llamada consulta prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el Tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales de los cinco países miembros, estableciendo con ello una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales.

Como señala el Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Ricardo Alonso García, citando a R. Lecourt, la piedra angular de la Comunidad no es sin más una misma norma común sino una norma “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros”(2).

Se trata de un mecanismo por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del Derecho comunitario. Se establece así una cooperación horizontal, viva, entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los países miembros para lograr dicho fin.

Como bien anota el Magistrado W. E. Haak de la Corte Suprema de Holanda, el Derecho comunitario es un derecho interno que los Estados miembros tienen en común mas que un derecho que se aplica entre los Estados miembros. En este sentido los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional no se pueden distinguir ya que como lo ha señalado en más de una ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dicho Tribunal como el juez nacional, actúan en un único y mismo sistema jurídico y ambos como jueces comunitarios”(3).

---

Europea, Integración Económica y Derecho Comunitario, Santa Fe de Bogotá 24, 25 y 26 de Mayo de 1995.

(2) García, Ricardo Alonso. “El Juez español y el Derecho comunitario”. Consejo General del poder Judicial. Madrid, 2003, p. 214.

(3) Haak W.E. El Reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales. La Remisión Prejudicial en Coloquio sobre la Co-

La interpretación prejudicial es una atribución privativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez nacional no puede realizarla porque, aún cuando es una norma de derecho interno es también una norma de Derecho Comunitario. Le corresponde al Tribunal interpretar en forma objetiva la norma comunitaria y al juez Nacional aplicarla al caso concreto que se ventila en el orden interno. En palabras del propio Tribunal: “la función del tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia”(4). Con la interpretación prejudicial no se pretende unificar las legislaciones internas sino que todos los países miembros tengan la misma percepción del alcance de la norma comunitaria para que pueda tener una aplicación uniforme a lo largo y lo ancho de todo el territorio de los cinco países que conforman la comunidad.

La trascendencia de este mecanismo reposa en el hecho de que el ordenamiento jurídico comunitario es una normativa compleja, con características propias que lo distinguen de las normas nacionales e incluso de las contenidas en los tratados internacionales de los que los países miembros son parte; y requiere por lo tanto que sea interpretado y aplicado de manera uniforme para asegurar así su supranacionalidad y su unidad, características esenciales del derecho comunitario junto con la de su aplicación directa, y con la primacía en relación con las normas nacionales.

El mecanismo de la Interpretación Prejudicial, ha jugado un papel preponderante en el desarrollo del Decreto comunitario, Las características fundamentales de dicho Derecho, a las que me he referido, es decir, su efecto directo y su primacía frente a las legislaciones nacionales, son fruto de creaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

---

operación entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales, Luxemburgo, diciembre 3 de 2002). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha descrito el procedimiento de la consulta prejudicial como “una forma de cooperación jurisdiccional (...) mediante el cual el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia, dentro de los límites de sus propias competencias, para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros”, esto ha sido señalado en la ponencia del caso SCHWARSE de diciembre 1 de 1965. Rec. P. 1082.

(4) TJCA. Sentencia de 3 de setiembre de 1999 en Proceso 30-IP-99. Caso: “DENIM”.

peas y, sin que ellas se encuentren específicamente mencionadas en los Tratados fundacionales, han quedado incorporados definitivamente en el acervo jurídico comunitario.

El efecto directo está identificado en la célebre sentencia Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963 (26/62) que indica que “las disposiciones comunitarias imponen a los estados miembros una obligación precisa que no requiere la adopción de ninguna otra medida por parte de las instituciones de la comunidad o de los estados miembros y que no deja a éstos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución”; y en consecuencia faculta a que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ningún elemento complementario de Derecho interno, y en donde se concluye que el Derecho comunitario es un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados sino también los particulares(5). La primacía frente a las legislaciones nacionales fue establecida en la sentencia Flaminio Costa de 15 de Julio de 1964 (6/64). Esta primacía, se basa fundamentalmente en los objetivos fundacionales de la Unión Europea, a los cuales los estados miembros –lo mismo que en el caso de la Comunidad Andina– han transferido determinadas competencias con la correspondiente limitación en sus atributos de soberanía. Este principio de primacía se aplica también a las disposiciones de carácter constitucional de los países que conforman la comunidad. La tercera creación jurisprudencial del Tribunal Europeo fue consagrar el principio de la Responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del Derecho comunitario. Este principio sentado en la famosa sentencia Francovich del 19 de noviembre de 1991(C-6 y 9/90) fue oportunamente recogido en el artículo 31 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Me he referido a estas magnificas construcciones jurisprudenciales que definieron la naturaleza jurídica de las normas comunitarias frente a la legislación nacional o doméstica de los países miembros porque ellas fueron fruto de remisiones para interpretaciones prejudiciales de distintos tribunales nacionales de la Unión Europea. En el caso de Van Gend & Loos fue por parte de la Administración Tributaria neerlandesa, en el de Flaminio Costa por el Judge Conciliatore de Milán y en el de Francovich por la Pretura de Vicenza (Italia).

---

(5) Riechenberg, Kurt. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en conferencia “El proceso Prejudicial en la Unión Europea”. Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración. Granada Nicaragua, 7 Febrero 2003.

Estas creaciones, que constituyen ahora pilares fundamentales del Derecho comunitario, logradas a través del mecanismo de la interpretación prejudicial, son también el fruto de una admirable suerte de simbiosis entre los principios que sustentan los sistemas anglo-sajón y el romano civilista, al haber sentado jurisprudencialmente normas de efectos incontrastables que se aplican en todo el territorio de la Unión Europea de manera uniforme con la misma fuerza, como si estuvieran consignadas en la misma letra del Tratado de Creación de la Unión.

Uno de los mayores elogios al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas durante su 50 aniversario, fue el del entonces presidente del Consejo de la Unión Europea, Romano Prodi, quien en brillante alocución agradeció al presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a todos sus magistrados no haber seguido los predicamentos de Montesquieu cuando en su famoso tratado *Del Espíritu de las Leyes*, escrito en 1735, decía que “cuando los ciudadanos cumplen las leyes, poco importa que cumplan las mismas”. Se refería, claro está, a que gracias a la labor del Tribunal por medio de la interpretación prejudicial se había logrado la uniformidad en la aplicación de la legislación comunitaria.

El propio Tribunal Andino, en el Proceso 1-IP-87 ha señalado que “Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, interpretar sus normas a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros”(7).

Un distinguido jurista, que fuera Jefe del Gabinete del Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas ha dicho que “La competencia prejudicial atribuida al Tribunal para interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias constituye el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario” (8) esta aseveración la pronunció no solo por las cualidades intrínsecas antes anotadas de esta institución sino también teniendo en cuenta que en el Tribunal Europeo el acceso de los justiciables a la justicia comunitaria es mas limitado que en el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde los particulares tienen acceso a las acciones de nulidad y, con ciertas limitaciones, a las acciones de incumplimiento. No es así en el caso de las Comunidades Europeas donde el acceso de los justiciables particulares es sumamente res-

---

(7) Proceso 1-IP-87. G.O.A.C. N° 28 de febrero de 1988. Marca: Volvo”.

(8) Riechenberg, Kurt. Ob. cit.

tringido esa que deben hacer uso del mecanismo de la interpretación prejudicial para acceder a la justicia comunitaria.

## **2. EFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

El artículo 34 del Tratado del Tribunal señala, con meridiana claridad que: “En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada” (9).

La interpretación del Tribunal rige para el caso subjudice, por lo que ésta debe ser solicitada para cada caso, aún cuando el consultante esté convencido de que la norma es clara y pese a que exista abundante y reiterada jurisprudencia al respecto. No es de recibo, por eso, en el Tribunal Andino, lo resuelto en el caso CILFIT de 6 de Octubre de 1982 (283/81) del Tribunal Europeo que, indirectamente, permite sustraerse de la obligación de hacer la consulta pero sólo “cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros estados miembros, así como al propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tan solo si éstas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolverla bajo su propia responsabilidad”.

El problema no se ha suscitado en el Tribunal Andino ni ha habido un pedido para que el Tribunal se pronuncie en tal sentido. La razón estriba, al parecer, que a diferencia del Tribunal Europeo, el trámite de la consulta prejudicial desde la formulación por el juez nacional hasta la absolución por parte del Tribunal Andino no excede, a lo sumo, de dos meses lo que contrasta con los de su par europeo donde tarda, por término medio, dos años; debido, es cierto, en gran parte, a el proceso de traducción y edición en los 15 idiomas oficiales de la Unión Europea, que, con la nueva ampliación serán ahora, probablemente, 25.

---

(9) Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 34.

Pero tal vez convendría revisar la posibilidad de aplicar la doctrina del “Caso Claro” en el caso de la Comunidad Andina porque, a diferencia de la Unión Europea, los sistemas jurídicos y el idioma en nuestros países son iguales y no concurren los problemas que tienen los europeos para asegurar una interpretación uniforme. Por otro lado, las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino versan en su gran mayoría en cuestiones de interpretación de la normativa andina sobre propiedad intelectual, donde se ha elaborado una valiosa jurisprudencia que en muchos casos se repite de manera inmisericorde relegando el valor de este mecanismo a un trámite más que dilata innecesariamente la tramitación de un juicio. Esto demuestra que no se pueden copiar fórmulas que corresponden a realidades y circunstancias diferentes. Tal vez sea tiempo de revisar la posibilidad de un cambio en la práctica del Tribunal al respecto que, sin derogar la obligación de la formulación de la consulta, por lo menos su absolucón debería hacerse de plano haciendo mención únicamente de la jurisprudencia sentada al respecto.

En las consultas prejudiciales el Tribunal no entra a analizar el contenido del derecho interno, sino únicamente se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria y cómo ésta debe ser entendida en el caso concreto. Sin embargo, como bien señala el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Dámaso Ruiz-Jarabo “el juez comunitario debe dar a sus respuestas un carácter general objetivo, de suerte que la interpretación que proporcionen no quede excesivamente constreñida a las circunstancias particulares del caso en que surgió la cuestión, y pueda incorporarse a la norma, o sobre la que recaiga, otorgándole su autoridad” (10). En definitiva, pues, no obstante que la consulta se aplica solo al caso concreto, es innegable que sienta un valor jurisprudencial al declarar el sentido último de la norma comunitaria que será de persuasivo seguimiento en casos similares.

El mencionado artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia impone los límites a la labor del juez comunitario en la absolucón de la consulta prejudicial, los cuales pueden resumirse de la manera siguiente:

a) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no puede interpretar el derecho nacional, ya que esta interpretación queda bajo la exclusiva competencia de los jueces nacionales;

---

(10) Dámaso Ruiz-Jarabo. Ob. cit. p. 175.

b) El Tribunal no puede aplicar el derecho comunitario, se limita a interpretarlo; la aplicación de su interpretación al caso concreto es de exclusiva responsabilidad de los jueces nacionales;

c) El Tribunal no puede pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación, ya que este ejercicio es privativo de las competencias del juez nacional en el caso concreto.

Es, en definitiva, un reparto de competencias, que articula el trabajo de los jueces involucrados, nacional y comunitario, para asegurar la uniformidad de los efectos jurídicos en todos los países miembros.

No siempre, sin embargo, es muy nítida la separación entre ambas competencias y, en algunos casos, la propia interpretación prejudicial del Tribunal puede trasponer de manera sutil esa línea divisoria, pero ello constituye la excepción y no la regla. Las conclusiones del Grupo de Trabajo Ole Due de las Comunidades Europeas, al que me he referido en la introducción, señalan de manera inequívoca “que las relaciones entre los organismos jurisdiccionales nacionales y los organismos judiciales comunitarios son complejas, finamente balanceadas y entrañan remisiones mutuas pero, en general, son fundamentalmente de una excelente cooperación, sin que exista una relación de jerarquía entre ellas (11) son en definitiva consistentes con el orden constitucional de los países miembros”.

En la absolución de la consulta prejudicial el Tribunal tiene amplia libertad para determinar cuáles normas del ordenamiento jurídico comunitario interpretará, y no se encuentra, por lo tanto, constreñido a las solicitadas por el juez nacional; puede en consecuencia interpretar las normas solicitadas u otras que considere pertinentes para el caso en cuestión. La Jurisprudencia del Tribunal Comunitario así lo confirma: ‘Requerida por un juez nacional al juez comunitario, la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente y todo con el fin de lograr una comprensión global del caso consultado; le co-

---

(11) Alan Dashwood y Augus Johnston. *The Future of the Judicial System of the European Union*, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge. Oxford and Portland, Oregon USA. 2002. (Se trata de los casos 106/89 Marleasing S.A. y La Comercial Internacional de Alimentación S.A. [1990] ECR. 4135 y el 323/93 R. Vs. H.M. Treasury ex parte British Telecommunications plc [1996] ECR 1/1631.

responde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente” (12).

La sentencia que dicte el Tribunal tiene carácter obligatorio. Así lo indica tanto el Tratado como el Estatuto: “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal” (13). Lo que significa que la sentencia que contiene la interpelación, resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada; no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que es vinculante para el juez nacional que hizo el reenvío, en lo que se refiere a la interpretación de la norma comunitaria.

La sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión, ya que la consulta puede haber sido hecha por una instancia inferior en fallo sujeto a revisión. En todos los casos deberá recoger la interpretación de la normativa comunitaria decidida por el Tribunal.

### **3. RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES**

La relación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales –todos ellos– es una relación de cooperación y no de jerarquía. Es una relación inter pares, no obstante que las sentencias prejudiciales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y, que éstos tienen la obligación, cuando sus decisiones no son susceptibles de un recurso ulterior, de someter la consulta al Tribunal Comunitario.

El juez nacional, cuando tiene que aplicar una norma comunitaria, actúa como juez comunitario y es en el procedimiento de interpretación prejudicial donde se produce la conexión entre ambas jurisdicciones.

---

(12) Proceso 1-IP-94. G.O.A.C. N 164, de 2 de noviembre de 1994. Marca: MAC POLLO su POLLO RICO.

(13) Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 35. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 127.

Es evidente que entre algunos de los países de la Comunidad Andina ha existido una cierta reticencia para recurrir al Tribunal Andino para solicitar la interpretación prejudicial por parte de los jueces nacionales. Una resistencia por un lado, por considerar que es una muestra de subordinación o de sometimiento a una jerarquía superior que pone en riesgo el principio de autonomía e independencia del Poder Judicial, y de otro, porque se considera un exceso cualquier intromisión externa en la función jurisdiccional; más aún cuando, es el juez comunitario quien indica al juez nacional cómo debe interpretar el derecho comunitario, al aplicarlo al caso concreto.

Esto debe ser descartado de plano. No hay duda que el juez nacional está tan bien capacitado tanto como el juez comunitario para interpretar la norma comunitaria. Pero no es ese el asunto. Tampoco es la intromisión de un agente extraño en la jurisdicción nacional ni existente una relación de jerarquía entre uno y otro. La finalidad no es otra que asegurar que la norma comunitaria tenga los mismos efectos en todo el territorio de la Comunidad Andina y esto se concilia con este ingenioso mecanismo que por un lado respeta la legítima autoridad del juez nacional y la conjuga de otro lado con la necesidad fundamental, en el proceso de integración, de lograr la correcta y uniforme aplicación del Derecho comunitario.

Al respecto el Dr. Iván Gabaldón Marqués, ex Magistrado del Tribunal Andino, citado por Uribe Restrepo, al referirse a los jueces nacionales dice: “La eventual resistencia del juez nacional a aceptar este sistema de cooperación judicial, fundamentando esta resistencia en razones de soberanía nacional o de pérdida de su autonomía, absolutamente discutibles en el plano conceptual, produce un definitivo efecto adverso a los intereses que se pretende defender. La soberanía es el escudo que protege los intereses de la nación. El no velar por la aplicación uniforme del derecho comunitario afectará precisamente los intereses que se pretenden defender”(14).

#### **4. LA CONSULTA FACULTATIVA Y LA OBLIGATORIA**

Tanto el Tratado de Creación del Tribunal, en su artículo 33, como el Estatuto prevé dos casos para pedir la interpretación prejudicial, estos son: la consulta facultativa y la consulta obligatoria.

---

(14) Uribe Restrepo Fernando. “La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Ed. Tribunal de Justicia de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1993, p. 42.

La consulta facultativa está recogida en el artículo 121 del Estatuto, y dice ‘los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal el juez deberá decidir el proceso’(15) y norma similar la encontramos en el Tratado’(16).

En este caso la norma es muy elocuente y clara, en este sentido si existe ulterior recurso en el ordenamiento interno el juez puede o no consultar al Tribunal y está facultado para dictar la sentencia correspondiente con o sin una interpretación del Tribunal Andino aún cuando la haya solicitado y no la haya recibido.

La consulta obligatoria, según el artículo 122 del Estatuto, consiste en que: “De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”(17) norma que en el Tratado se encuentra en el artículo 33”(18).

En este caso el juez nacional debe necesariamente consultar al Tribunal y detener el proceso interno hasta que el Tribunal se manifieste respecto a la interpretación prejudicial solicitada (19). Esto implica que incluso un juez de primera instancia, cuyas decisiones no tengan recurso, de acuerdo con la legislación nacional, estará obligado a detener el proceso y formular la solicitud, si tiene que aplicar una norma comunitaria. Se trata entonces, más que de la jerarquía del organismo jurisdiccional, de los efectos de su sentencia en el

---

(15) Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 121.

(16) Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 33.

(17) Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 122.

(18) Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 33.

(19) Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 33. Estatuto del Tribunal, Artículo 124.

ordenamiento jurídico interno. Anteriormente hemos indicado que ha sido, precisamente, en judicaturas distritales y por reclamos de poco monto donde se han logrado las sentencias memorables del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que han definido el carácter y la naturaleza del Derecho comunitario tal y como se aplica en Europa y en la Comunidad Andina.

Como reza el artículo 128 del Estatuto del Tribunal: ‘Los países miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

“En cumplimiento de las disposiciones de este capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de la interpretación prejudicial” (20).

En el caso de la consulta obligatoria, cuando no cabe un recurso ulterior, el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso, y en consecuencia debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo (21).

---

(20) Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 128.

(21) Así, por ejemplo en la Sentencia de Casación de la Corte Suprema del Ecuador, Expediente 256-2001 del 31 de agosto de 2001, declararon la nulidad de la sentencia y repusieron la causa al estado en que se debió dar cumplimiento a la solicitud de interpretación al Tribunal Andino por cuanto el asunto versaba sobre la aplicación de las normas contenidas en los artículo 81, 83 lit. a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En otro caso, en la Sentencia de la Corte Suprema del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil del 5 de Octubre de 1999, claramente se estableció en sus considerandos que era obligación de la Corte Superior de Guayaquil, por ser la última instancia de grado, solicitar la consulta al Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, y que dicha obligación no se extendía a los Recursos de casación por ser estos extraordinarios a diferencia de los ordina-

Queda, sin embargo, abierta la situación cuando el juez nacional no realice una consulta prejudicial obligatoria y expida su sentencia. En este caso la sentencia será válida a no ser que un Tribunal de casación la declare nula o un Tribunal Constitucional acoja un Recurso de Amparo al respecto, pero, luego de la famosa sentencia de Francovich/Brasserie du Pecheur Caso c-6 y 9/90 [1991] ECR 1-5357 habría tal vez lugar a una acción de daños contra una Corte de Justicia que emitió dicho fallo en flagrante incumplimiento del ordenamiento comunitario. Sin embargo esta es una situación que no se ha presentado en la Unión Europea (22).

En el ordenamiento andino, si el Juez omite el efectuar la consulta prejudicial cuando esta obligado o si recibiendo dicha consulta no sigue la interpretación que ha remitido el Tribunal Andino, tanto los países miembros, la Secretaría General o cualquier particular afectado en su derecho subjetivo por dicho fallo pueden acudir al Tribunal en una acción de incumplimiento contra el país miembro al que pertenece dicha judicatura. La sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.



---

rios y, en tal situación son las Cortes las que absuelven el grado en última instancia de los obligados a formular la consulta.

En el caso de España, un reciente fallo del Tribunal Constitucional, STC 58/2004 ha declarado fundado un Recurso de Amparo por incumplimiento de la obligación. El Tribunal al anular la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña ha actuado, lo mismo que los jueces del Tribunal Supremo de Ecuador, como verdaderos jueces comunitarios al restablecer las reglas del debido proceso y aplicar el Derecho comunitario en los casos en que la consulta a los Tribunales de Justicia de las respectivas Comunidades es obligatoria.

(22) Alan Dashwood y Angus Johnston. *Ob. cit.* p. 59.

## LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ANTE LOS JUECES NACIONALES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMUNITARIO (\*)

Por Walter Kaune Arteaga (\*\*)

El propósito de esta exposición es lograr una comprensión general del proceso de integración supranacional y dentro de ella afianzar los fundamentos de la preservación del ordenamiento comunitario y las competencias que conlleva, entre ellas, como ejemplo, la acción de incumplimiento prevista en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ante los jueces nacionales interpuesta por personas naturales o jurídicas, en donde aparece la aplicación de los principios del sistema jurídico comunitario, por cuya razón, considero, de rigor académico y de utilidad práctica, hacer referencia a algunos conceptos introductorios:

La *integración* es un proceso multidimensional, aunque inicialmente económico, que comprende varias etapas, tendientes a lograr la comunidad y la unión de los países, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes. Entre dichas etapas se tiene: zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica. Comprende dos tipos: la integración intergubernamental y la integración supranacional.

La evolución conceptual de la soberanía absoluta hacia su relativización posibilita la transferencia del ejercicio de una parte de la soberanía de los países miembros y el reparto de competencias apareciendo el concepto de

---

(\*) Ponencia presentada en el Primer encuentro de los magistrados de las Cortes Supremas de los países de la CAN, del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, realizada el 12, 13 y 14 de octubre de 2005 en Lima, Arequipa (Perú).

(\*\*) Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

soberanía compartida, base para el surgimiento de los organismos supranacionales y del Derecho Comunitario.

La *soberanía compartida* es la fusión de partes del ejercicio de la soberanía cedidas por los países miembros al organismo supranacional, en virtud de la cual aquéllos en lugar de ver reducidos sus poderes soberanos los incrementan, al ejercer competencias sobre toda la comunidad, resultando de mayor amplitud y significación, de donde se explica que los países miembros, a través de la Comunidad, participan en la regulación de determinadas materias y competencias que benefician y afectan a los mismos.

El *reparto y transferencia de competencias*, la constitución de las comunidades, como órganos supranacionales, responde a la voluntad de los países que se integran y que se traduce en alcanzar objetivos comunes y concretos tales como un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, con miras, en su primera etapa, a la constitución de una zona de libre comercio y posterior mercado común, que conlleva la asignación y transferencia de competencias por parte de los Estados miembros a la Comunidad. Siguiendo el criterio de clasificación de las competencias, adoptado por el tratadista Carlos Francisco Molina del Pozo en su *Manual de Derecho de la Comunidad Europea* (1), tenemos: las que derivan de la naturaleza y su articulación con las competencias nacionales y son: a) las de atribución, b) las implícitas y, c) las complementarias.

La *comunidad*, es un organismo supranacional, ejerce la soberanía compartida y las competencias transferidas; cuenta con un orden jurídico propio cuya estructura, si bien sigue los lineamientos tradicionales en lo que respecta a la división de poderes, sin embargo tienen diferentes órganos que se encargan de legislar, administrar sus intereses, y dirimir las controversias que surjan en su seno; tiene un ordenamiento jurídico que proviene de los tratados constitutivos y de las normas que emergen de los órganos legislativos creados por aquellos, así como de los convenios de complementación industrial, cuya jerarquía, aplicación, efectos y supremacía se rigen por principios que le son propios, de donde emerge una nueva rama del Derecho llamada Derecho Comunitario. Sus competencias no son de carácter general sino son parciales y atributivas y responden a la consecución de los objetivos que pretende alcanzar.

---

(1) Molina del Pozo, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la comunidad Europea*, 4ta. Edición, Editorial Djusa, Madrid-España, 2002.

La *Comunidad Andina* tiene su génesis espiritual en las visionarias ideas legadas por el Libertador Simón Bolívar, testimoniadas en varios documentos entre ellos la carta de Jamaica del 6 de septiembre de 1815, donde proclama su determinación de “Unir a los Pueblos Hispanoamericanos en una sola Nación, con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo”; se objetiviza en la Declaración de Bogotá de 1966, y se materializa el 26 de mayo de 1969, con el Acuerdo de Cartagena. Es un organismo subregional de carácter supranacional, surge dentro del nuevo concepto de la soberanía compartida, cuenta con un *orden jurídico* y un *ordenamiento jurídico comunitario* propio, cuyos caracteres serán desarrollados más adelante.

La *Comunidad Andina*, conocida con el nombre de Grupo Andino hasta agosto de 1997 que, con la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, cambió su denominación por el de Comunidad Andina. Su finalidad, además de facilitar el desarrollo de los Estados miembros a través de la cooperación económica y social, es procurar la integración de los mismos, teniendo presente que la cooperación es más propia entre países u organismos internacionales entre los que no se hace cesión de competencias, mientras que la comunidad genera una organización supranacional, en donde aparece nítidamente una nueva entidad con personalidad jurídica propia y con los órganos que ejercen la soberanía compartida en virtud de las competencias que le han sido transferidas.

Este organismo supranacional tuvo varias denominaciones: Pacto Andino, Grupo Andino, Comunidad Andina de Naciones y actualmente Comunidad Andina.

Los objetivos y fines del Acuerdo de Cartagena se encuentran establecidos en el preámbulo de su texto de creación, así como, en el artículo 1 del Acuerdo (2) que en líneas generales se resume en cumplir con el mandato

---

(2) Acuerdo de Cartagena. Texto oficial codificado. Comunidad Andina. Secretaría General. Artículo 1. “... *promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miem-*

histórico, económico, político, social y cultural de sus países miembros, que propenda fortalecer la unión de los pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina, para promover su desarrollo equilibrado y armónico en procura de mejorar el nivel de vida de los habitantes de la subregión, facilitando la integración regional con la *formación gradual de un mercado común latinoamericano* propendiendo a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto internacional.

El espacio que engloba la Comunidad Andina es de 4.709.640 km<sup>2</sup>, constituye un mercado de más 115 millones habitantes y un producto interno bruto (PIB) que alcanza los 265,460 millones de dólares.

### **Orden jurídico y ordenamiento jurídico comunitario**

El *Orden Jurídico Comunitario* es un sistema normativo debidamente estructurado e institucionalizado que contiene poderes y competencias propios, derivados de las cesiones del ejercicio de la soberanía sobre determinadas materias hechas por los países miembros –soberanía compartida–, que se desarrollan en un complejo tejido de regulaciones jurídicas, con órganos y procedimientos a través de los cuales se generan, interpretan y aplican las normas jurídicas comunitarias, se determinan los derechos y obligaciones de los sujetos que integran la comunidad y se establecen mecanismos de solución de controversias así como la imposición de sanciones por violación de sus mandatos.

En la *Comunidad Andina* el orden jurídico está conformado, definido y caracterizado en el Acuerdo de Cartagena, Capítulo II De la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, artículos 5 al 49. En su artículo 6 se establece la estructura del Sistema Andino de Integración.

Consejo Presidencial Andino;  
El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;  
La Comisión de la Comunidad Andina;  
La Secretaría General de la Comunidad Andina;  
El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;  
El Parlamento Andino;  
El Consejo Consultivo Empresarial;

---

*bros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”.*

El Consejo Consultivo Laboral;  
La Corporación Andina de Fomento;  
El Fondo Latinoamericano de Reservas;  
El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;  
La Universidad Andina Simón Bolívar;  
Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y,  
Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

El *ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina* está contenido en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal. Al respecto el Dr. Guillermo Chahin Lizcano, ex Magistrado del Tribunal, sobre el tema dice: “*Allí se establece cuáles son las normas que lo integran, su naturaleza y ámbito de aplicación, su jerarquía y preeminencia...*” (3). Está conformado por el conjunto de normas jurídicas comunitarias provenientes de la voluntad de los países miembros, contenidas, en *tratados constitutivos*: Acuerdo de Cartagena, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Tratado Constitutivo del Parlamento Andino con sus respectivos protocolos modificatorios; y en *normas derivadas* generadas por los órganos creados para dictar un marco normativo propio: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y, por los Convenios de Complementación Industrial que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina, con los caracteres de: autonomía, aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el Derecho interno al que se integran y preservación, que pasamos a desarrollarlos:

La *autonomía* del ordenamiento jurídico comunitario es una emanación del orden jurídico comunitario, y de los principios comunitarios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía, de trascendental importancia para preservar el proceso de integración, toda vez que por medio de ella, se evite que los derechos nacionales quebranten el Derecho Comunitario garantizando su interpretación y aplicación uniforme en todos los países miembros.

*La aplicación inmediata* consiste en que, tan pronto la norma jurídica comunitaria nace, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico inter-

---

(3) Chahin Lizcano, *comercio Exterior*, 2da Edición, Editorial Linotipia Bolívar, Santafé de Bogotá-Colombia, 1998.

no de los países miembros sin necesidad de introducción, recepción, transformación o cualquier otra formalidad especial –homologación o exequátur–, obligando, por este solo hecho, a los sujetos de la Comunidad.

Al respecto Guy Isaac, con base a la concepción monista, dice: *“el derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el orden interno de los estados sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción; las normas comunitarias ocupan su lugar en el orden jurídico interno en calidad de derecho comunitario y los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario”*(4).

Sobre el tema: *“El profesor Dámaso Ruiz–Jarabo Colomer, define el principio manifestando que ‘La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla’* (5).

*El efecto directo* es la aptitud que tiene la norma comunitaria de crear derechos y obligaciones para los habitantes de la comunidad, convirtiéndoles en ciudadanos comunitarios, tanto en sus interrelaciones particulares como con los Estados miembros y con los órganos de la Comunidad, dentro del ámbito del Derecho Comunitario.

Con referencia a este principio el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala: *“Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos ‘generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales’, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”* (6).

---

(4) Isaac, Guy. *Manual de Derecho Comunitario General*, 1ra- Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona-España, 1985.

(5) Proceso 3-AI-96, publicado en la G.O.A.C. N° 261 de 29 de mayo de 1991.

(6) Proceso 2-N-86, publicado en la G O A C N° 21 de 15 de julio de 1987.

*La primacía*, es una consecuencia lógica de los principios enunciados, lo que implica que las normas comunitarias que gozan de aplicación inmediata y efecto directo, cualquiera sea su fuente o rango, por su naturaleza y especialidad, se imponen a las normas internas de los Estados miembros, sin importar la jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

El tratadista Santiago Muñoz Machado, dice: “... *que la primacía del Derecho Comunitario se corresponde con una observación que es exacta: si el efecto directo se justifica en una regla básica del Derecho Comunitario que exige que sus normas sean aplicadas de manera general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros, es claro, que para que esta regla tenga plena efectividad no puede admitirse que la aplicación del derecho europeo quede condicionada por normas de derecho interno, anteriores o posteriores a la norma europea, que tengan un contenido contradictorio con la misma*” (7).

La base jurisprudencial del principio de la primacía, se encuentra en la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas pronunciada el 15 de julio de 1964 en el caso COSTA-ENEL que dispone “... *al derecho nacido del Tratado en razón de su naturaleza específica original no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad*” (8).

A propósito de este principio y a fin de resaltar su importancia, es pertinente la reflexión que hace Klaus Dieter Borchardt respecto a: “¿*qué sucede si una disposición de Derecho comunitario establece derechos y obligaciones directos para los ciudadanos comunitarios y su contenido está en contradicción con una norma de derecho nacional?*”; a la cual responde “*el conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional solo puede resolverse en la medida en que se conceda una primacía al primero sobre el segundo, de forma que prime la eficacia a todas las disposiciones nacionales que difieran de una disposición comunitaria y ocupe su lugar dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales*”. Luego se pregunta: “¿*qué quedaría del ordenamiento jurídico comunitario si se supeditara el Derecho comunitario al nacional?*”, contestándose “*muy poco*”; toda vez que “*Las disposiciones del Derecho co-*

---

(7) Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid-España. 1986;

(8) Proceso 3-AI-1 996, ya citado.

*munitario podrían ser abolidas por cualquier ley nacional. Y ya no podría hablarse de la validez uniforme e igual del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Asimismo, a la Comunidad... le resultaría imposible llevar a cabo las misiones que le han encomendado los Estados miembros...*" (9).

En la Comunidad Andina, dichos caracteres y principios se encuentran previstos en los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina (10) que han sido desarrollados y fundamentados por la jurisprudencia del Tribunal.

Dentro de este análisis debemos ponderar la jurisprudencia sentada tanto por el Tribunal Europeo como por el Tribunal Andino que, en ningún momento dudaron sobre la importancia vital de hacer prevalecer el principio de primacía como sustentáculo del ordenamiento jurídico comunitario, sin descuidar la interrelación existente entre el ordenamiento comunitario y el nacional en virtud de la cual ambos se complementan, toda vez que el primero por si solo no estaría en condiciones de realizar los objetivos perseguidos por la Comunidad Andina y consecuentemente requiere para su ejecución contar con la cooperación de los ordenamientos jurídicos nacionales.

La *preservación* se sustenta en los principios y obligaciones contenidos en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como en las competencias que se le atribuyen al órgano jurisdiccional comunitario de las cuales derivan el conocimiento y decisión de los recursos y acciones previstos en el referido Tratado.

Con fundamento en el citado artículo 4, la jurisprudencia uniforme y reiterada del Tribunal señala que a través de dicha norma, los países miembros han adquirido "*doble obligación: una de carácter positivo de 'hacer' y otra de orden negativo de 'no hacer'*". Por la primera los países miembros deben adoptar toda clase de medidas que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud del derecho originario y de las que corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas. Por otra parte en virtud de la segunda obligación el país miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa,

---

(9) Dieter Borchardt, Klaus. El ABC del Derecho Comunitario. EuroLex, en: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/about/abc/index.html>, 2003.

(10) Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

*judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino”(11).*

Respecto a la competencia de administrar justicia comunitaria que se asigna al Tribunal Comunitario, el artículo 42 de su Tratado de Creación dispone: Los países miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

### **Derecho Comunitario**

En vista de que el proceso de integración económica comporta también una integración jurídica, como acertadamente señala José M. Gondra Romero, en el Tratado de Derecho Comunitario, cuando dice: *“el proceso europeo de integración económica induciría un vasto proceso de integración jurídica que se manifestará básicamente, de una parte en un proceso de convergencia de los ordenamientos jurídicos estatales hacia un Derecho sustancialmente ‘uniforme’ y, de otra, en un nuevo Derecho europeo de carácter ‘unitario’,*

---

Artículo 2. *“Las Decisiones obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por a Comisión de la Comunidad Andina”.*

Artículo 3. *“Las Decisiones del Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaria General serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicara la fecha de su entrada en vigor en cada país miembro”.*

Artículo 4. Los países miembros esta obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

(11) Proceso 16-AI-99, publicado en la G.O.A.C. N° 581 de 16 de julio de 2000. caso: aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común, Venezuela.

*en cuanto adscrito a un ordenamiento jurídico independiente (Derecho Comunitario) de carácter 'supranacional' con vigencia general y directa sobre todo el territorio de la Comunidad*" (12), lo que, en este último caso, ya sucede en la Comunidad Andina con las Decisiones Referentes al Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Derecho de Autor, Requisitos Fitosanitarios, Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina y muchas otras; así también que, como consecuencia del nacimiento de los organismos supranacionales surge un orden y un ordenamiento jurídico comunitario y que los conceptos del Derecho Comunitario se definen en función de las necesidades de éste y de los objetivos de la Comunidad, como ilustra Klaus Dieter Borchardt (13), se podría definir al Derecho Comunitario como un producto de la soberanía compartida y del orden jurídico comunitario propio que contiene los poderes para generar normas jurídicas comunitarias, derechos, obligaciones y procedimientos para preservados así como para comprobar y sancionar sus violaciones, que contenido en un conjunto de normas jurídicas comunitarias, principios e instituciones de carácter supranacional, autónomos, uniformes y comunes para todos los países miembros, de aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el ordenamiento jurídico de los países miembros al que se integran y fundados en los objetivos de la integración y en los valores sociales, regula las actividades de los órganos e instituciones comunitarias, de los países miembros y de sus habitantes, dentro del ámbito de la Comunidad, con la pretensión de su intangible regularidad inviolable.

El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas al respecto dice, el Derecho Comunitario, constituye "*un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros... el Tratado no se limita a crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un orden jurídico nuevo que regula los poderes, derechos y obligaciones de dichos sujetos así como los procedimientos necesarios, para comprobar y sancionar toda violación eventual...*". Así mismo dice: "*La Comunidad no es sólo una construcción jurídica, sino que persigue sus objetivos utilizando exclusivamente un nuevo Derecho, llamado Derecho Comunitario, que se caracteriza por ser un Derecho autónomo, uniforme para to-*

---

(12) Tratado de Derecho Comunitario Ob. cit.

(13) Dieter Borchardt, Klaus Ob. cit.

*dos los países miembros de la Comunidad, distinto del Derecho nacional a la vez que superior a éste, y cuyas disposiciones son en gran parte directamente aplicables en todos los Estados miembros” (14).*

## Fuentes

El ordenamiento jurídico comunitario es la fuente escrita esencial del Derecho Comunitario, con los caracteres ya indicados. No obstante de ser autónomo sin embargo para su aplicación requiere el concurso y cooperación de los ordenamientos jurídicos nacionales, a los cuales se integra.

En un sentido específico son *fuentes primarias* del Derecho Comunitario Andino, según lo previsto por los literales a) y b) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal: el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios, a los que debe agregarse el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; son fuentes derivadas, conforme a los literales c), d) y e) del citado artículo 1, las normas dictadas por los órganos supranacionales del Sistema Andino de Integración en ejercicio de las competencias asignadas por los Tratados Constitutivos: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y Resoluciones de la Secretaría General así como los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Al respecto como dice el profesor Alberto Zelada Castedo, en su obra *Derecho de la Integración Económica Regional* “... *el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, pueden ser considerados como verdaderos instrumentos constitucionales del esquema de integración..., forman parte del Derecho originario... Los modos no convencionales de creación de normas de derecho..., consisten en los actos de aquellos órganos de la estructura institucional... que han sido dotados de poderes normativos, en virtud de las disposiciones de los tratados constitucionales. De ésta fuente surgen por regla general las normas del derecho derivado*” (15).

---

(14) <http://www.curia.eu.int/es/pres/jeu.htm>

(15) Zelada Castedo, Alberto. *Derecho de la Integración Económica Regional*, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la integración de América Latina BID-INTAL, Bueno Aires-Argentina. 1986.

Además de las fuentes mencionadas, se tiene, entre otras, a los Principios Generales del Derecho, que constituyen una fuente importante del Derecho Comunitario que sirve para llenar sus lagunas jurídicas que se pueden presentar dada la peculiar estructura, características, finalidades y objetivos del proceso de integración, teniendo presente que las competencias para normar el vasto campo del mismo no siempre están desarrolladas específicamente en normas escritas, de donde resulta necesario recurrir a los principios generales del derecho, cuya fuente se materializa a través de la aplicación de las normas al caso concreto de donde a la vez emerge la jurisprudencia. Según Guy Isaac: *“permite elegir, prácticamente con toda independencia en los otros sistemas jurídicos, y sobre todo en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, los principios y las reglas que decida aplicar es decir incorporar en el orden jurídico comunitario, citando entre ellos los derechos fundamentales de la persona; el libre ejercicio de las actividades económicas y profesionales; la seguridad jurídica; la confianza legítima; la claridad y precisión del Derecho; los derechos de la defensa, de igualdad y de proporcionalidad”* (16).

El concepto de principio lo desarrolla con toda amplitud el Magistrado, actual Presidente del Tribunal, Moisés Troconis de la siguiente manera: *“... La comprensión de un fenómeno jurídico al igual que cualquier otro fenómeno depende de que tenga sentido. El sentido de un fenómeno depende de la existencia de razones suficientes que le sirvan de fundamento. A la razón primera que sirve de fundamento a un fenómeno se le llama principio. Así, principio es la razón primera que sirve de fundamento a un fenómeno, que lo dota de sentido y que permite su comprensión”* (17); dentro de cuyo contexto se puede explicar la razón de ser de los diferentes temas de la integración que han sido desarrollados en este trabajo.

Otra de las fuentes del Derecho Comunitario es la *jurisprudencia* que es la comprensión de la norma comunitaria que surge de la apreciación que hace el juez sobre el sentido y alcance de la misma a tiempo de aplicarla al caso concreto. La jurisprudencia, en los casos de interpretación prejudicial *es vinculante para el caso concreto*, por cuya virtud los criterios emitidos por el Tribunal Comunitario deben ser aplicados obligatoriamente por el juez na-

---

(16) Isaac, Guy. Ob. cit.

(17) Troconis Villareal, Moisés. Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación jurídica, Tribunal Supremo de justicia, Serie Eventos N°. 3, Caracas-Venezuela, 2001.

cional solicitante al dictar la correspondiente sentencia, conforme lo dispone el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En consecuencia, la jurisprudencia tiene dos clases de efectos “*El uno, de carácter eminentemente judicial, generado dentro del proceso de aplicación directa de la norma comunitaria por parte del Tribunal cuando actúa y resuelve casos concretos sometidos a su decisión en ejercicio de las acciones judiciales que le son propias . . . El otro, de carácter prejudicial e indirecto . . . que es el que se produce en la absolución de consultas prejudiciales cuando le señala al juez nacional . . . criterios obligatorios para interpretar la norma comunitaria que deba aplicar en la resolución de la controversia sometida a su jurisdicción*” (18).

### **De la necesidad de la normativa Constitucional para afianzar el Proceso de Integración ante la globalización**

Por los efectos y consecuencias que conlleva participar en estos procesos de integración supranacional, con los caracteres señalados en virtud de los cuales se transfiere el ejercicio de parte de la soberanía, se asignan competencias y se encarga a órganos del sistema comunitario que ejerzan funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales, de los que emerge el orden y ordenamiento jurídico comunitario propio que, por tales razones, escapen al control constitucional de los países miembros, correspondiendo el mismo al órgano jurisdiccional supranacional, aunque en lo que respecta a los Tratados Constitutivos, pueden ser objeto de control previo antes de su ratificación, todo lo que implica limitaciones a las atribuciones conferidas originalmente a los clásicos poderes del Estado y teniendo presente que, conforme al Preámbulo y al artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, no sólo se busca la integración económica sino también la integración social, cultural y política.

Por estas razones, los países miembros para asumir y ejercer tan altas responsabilidades requieren de normas constitucionales que así lo autoricen con preceptos claros y bien definidos sobre la temática de la integración, que faciliten el proceso de adecuación del ordenamiento jurídico interno al comunitario, conforme a los objetivos supranacionales como ya lo hicieron Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela que en forma expresa autorizan su partici-

---

(18) Testimonio Comunitario, Doctrina-Legislación-Jurisprudencia. Trabajo del Magistrado Guillermo Chahín Lizcano: Criterios Jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, agosto 2004.

pación en los Procesos de Integración y facultan la cesión de poderes y competencias, teniendo presente la nueva era que vive la humanidad, expresada en el manejo cada vez más discrecional y hegemónico de las nuevas connotaciones que conforman el poder, que se traduce en: la fuerza unipolar con el control bélico global, la riqueza sustentada en la información oportuna – que conlleva la producción selectiva, de acuerdo con los requerimientos de mercado y justo a tiempo, con su producto inmediato la producción sostenible y la competitividad irrefrenable, con la consiguiente ecologización de la economía y el conocimiento, sistematizado en bases de datos, que sirve al propio conocimiento, si bien abierto y asequible potencialmente a todos pero, al igual que los otros elementos, concentrado también en manos de potencias hegemónicas, que profundiza la brecha digital, todo lo que produce como efecto *la globalización*, conduce, especialmente a los Países en Desarrollo, hacia la integración, a objeto de contar con un vocero común e interlocutor válido para negociar con dicho fenómeno y de este modo acceder a sus beneficios y mitigar o excluir sus efectos negativos, teniendo presente lo que el tratadista Carlos Francisco Molina del Pozo, en la III Conferencia Internacional de Derecho Económico, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (19) dijera, “*Que el único antídoto para la globalización es la integración*”.

Al respecto en la República de Colombia en su oportunidad, con ocasión de la reforma constitucional de 1968, como lo manifiesta el doctor Guillermo Chahin Lizcano, “... y en procura de darle piso Constitucional al nuevo Derecho Comunitario, una de cuyas características ... es la de la supranacionalidad se le agregó al numeral 19 del artículo 76 de la Carta Política, un inciso en el que se dispuso: *‘Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre base de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados’*”(20).

Posteriormente en la Constitución de 1991 de la República de Colombia, en su artículo 150 numeral 16) reconoce como funciones del Congreso: “... *aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Esta-*”

(19) Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. III Conferencia Internacional de Derecho Económico. Conferencia dictada por Molina del Pozo, Carlos Francisco el 17 de noviembre de 2003.

(20) Testimonio Comunitario, ob cit. Trabajo del Magistrado Guillermo Chahin Lizcano: Fundamentos Constitucionales del Derecho comunitario Andino, Tribunal de Justicia de la comunidad Andina, Quito, agosto 2004.

*dos o con entidades de Derecho Internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”; y el artículo 227 dispone: “El Estado promoverá la integración económica, social y política, con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y el Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la Constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.”*

En la Constitución Política de la República de Bolivia en su artículo 59, se prevé: “*son atribuciones del Poder Legislativo (...) 12. Aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales*”; artículo 96 “*Son atribuciones del presidente de república: (...) 2. Negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso*”.

La Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 en su artículo 4 prescribe “*El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional: (...) numeral 5) Pro pugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana*”; y en su artículo 161 dispone “*El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: (...) 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley*”.

La Constitución Política de la República del Perú de 1993 en el artículo 44 párrafo segundo dispone: “*Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.*

La Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su artículo 153 prescribe: “*La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región... La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes... Para*

*estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración, Dentro de las políticas de integración y unión con latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina ... Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.*

### **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los fundamentos de su creación**

Inicialmente el Acuerdo de Cartagena no contempló un Tribunal Comunitario, lo que se explica si se considera que el Acuerdo de Integración subregional Andino surgió como un Acuerdo de Integración dependiente y subordinado al Tratado de Montevideo (1960, que crea la ALALC), como se desprende del artículo 1 del Acuerdo, lo que motivó que el artículo 23 del mismo, remita a la Comisión del Acuerdo de Cartagena y, en su caso, al “Protocolo para Solución de Controversias” suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967, la solución de discrepancias que se presentaren con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión, disposiciones estas que subsistieron hasta el Tratado del 28 de mayo de 1979 de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que, implícitamente, modifica dichas disposiciones, lo que se reitera en el Protocolo Modificadorio de Trujillo, que entró en vigencia el 3 de junio de 1977, codificado por la Decisión 406 de la Comisión de la Comunidad Andina, donde expresamente se suprime, el artículo 1, la referida subordinación y se abroga el artículo 23, reemplazándolo por los artículos 40 y 41, Sección E– Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y artículo 47, Sección I– De la Solución de Controversias. Dichas normas se encuentran reiteradas en similares artículos y Secciones de la Decisión 563 de la Comisión Andina, que codifica el Acuerdo de Integración subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).

La Creación del Tribunal fue el resultado de un proceso de varios años de análisis y reflexión, en el que, a medida que el proceso de integración se fue afianzando, surgió la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio.

Este proceso culminó con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal el 28 de mayo de 1979.

Entre las razones que motivaron su creación, se tiene:

1. Necesidad de institucionalizar el proceso de integración
2. Normar el principio de aplicación inmediata a fin de lograr en los países miembros la observancia uniforme del ordenamiento jurídico comunitario, toda vez que las Decisiones y Resoluciones entraban en vigencia según criterios y procedimientos distintos
3. Establecer el alcance del efecto directo en la creación de los derechos y obligaciones que emergen de la normativa comunitaria para las personas naturales o jurídicas, como sujetos del Derecho Comunitario
4. Establecer mecanismos apropiados para la declaración, aplicación uniforme y preservación del ordenamiento jurídico comunitario y consiguiente solución de controversias

Tan pronto entró en vigencia el Tratado de Creación del Tribunal Comunitario, año 1983 e inició sus actividades en el año 1984, se vio la necesidad de revisar y ampliar sus competencias. Después de varios años de estudio y reflexión, el 28 de mayo de 1996 en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, se aprobó el Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina que contempla reformas y ampliación de competencias. Su primer Estatuto fue aprobado por Decisión 184 de fecha 19 de agosto de 1983, modificado y codificado posteriormente por Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 22 de junio de 2001.

El Tribunal está integrado por cinco magistrados designados por los Plenipotenciarios de los países miembros de ternas presentadas por sus cancillerías; es parte integrante del Sistema Andino de Integración, pero a la vez independiente de los órganos que lo conforman y de los países miembros. Tiene su sede permanente en la ciudad de Quito-Ecuador.

Dentro del marco previsto por los artículos 4 y 42 del Tratado de Creación del Tribunal, referente a la preservación del orden y ordenamiento jurídico comunitario, dicho Tratado y su Estatuto han previsto como sus competencias las de conocer y resolver las Acciones de Nulidad, de Incumplimiento, Interpretación Prejudicial, Recurso por Omisión o Inactividad, Jurisdicción Laboral y Función Arbitral, habiendo sido estas tres últimas incorporadas por el referido Protocolo de Cochabamba.

## **La Acción de Incumplimiento y sus dos vías de aplicación**

A manera de mera ilustración y a efectos de resaltar el mecanismo previsto por el sistema comunitario que precisa la cooperación entre los jueces nacionales y la jurisdicción comunitaria en la aplicación y observancia del Derecho Comunitario, por el cual los jueces nacionales se constituyen en jueces comunitarios y se convierte a los habitantes de la comunidad en sujetos del Derecho Comunitario, hemos tomado como referencia para esta exposición, el tema de la acción de incumplimiento y las dos vías con las que el ordenamiento comunitario ha privilegiado a los particulares para la defensa de sus derechos, es decir la una ante el Tribunal Comunitario, previo el trámite administrativo ante la Secretaria General del Comunidad Andina, y la otra directamente ante sus jueces nacionales, que en apretada síntesis paso a exponer:

La acción de incumplimiento conforme a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Comunitario: “... *es uno de los mecanismos jurisdiccionales que posibilita el control del cumplimiento por parte de los países miembros de las obligaciones y compromisos que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina ... a través de ella se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los países miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena...*”. (Sentencia dictada en el Proceso 49–AI–2002, publicada en la G.O. N° 1047 del 31 de marzo de 2004, caso. Arancel Externo Común, Secretaria General c/ República Bolivariana de Venezuela). El Tribunal, por medio de esta acción tutela, controla y asegura la obediencia de la normativa jurídica andina.

Se encuentra regulada en los artículos 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal y en los artículos 107 al 120 de su Estatuto, en cuya virtud corresponde al Tribunal Andino conocer las acciones de incumplimiento que sean interpuestas por la Secretaria General de la Comunidad Andina, los países miembros, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos y sus intereses legítimos por el incumplimiento de los compromisos y obligaciones asumidos por los países miembros. Así como también compete a los jueces nacionales conocer las acciones de incumplimiento que interpongan las personas naturales o jurídicas en resguardo de sus derechos afectados por el incumplimiento por parte de un país miembro de las obligaciones de hacer o no hacer asumidas por éstos previstas en el artículo 4 del Tratado del Tribunal.

De la normativa jurídica comunitaria que se ocupa de la acción de incumplimiento se desprende que el legislador ha previsto dos vías para ejercer esta acción: la primera que tutela el interés público comunitario ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, se encuentra normada por los artículos 23, 24, 25 primer párrafo, 26, 27 párrafos 1 y 2, 28, 29 y 30 del Tratado de Creación del Tribunal y artículos 107, 108, 109 y 111 de su Estatuto y la segunda que tutela el interés privado y puede ser ejercida, por las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos, ante los jueces nacionales, conforme a lo previsto en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal relacionado con el artículo 25 párrafo segundo del mismo y artículo 49 literal c) del Estatuto.

### **Primera vía: Ante la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

Tiene dos fases: una prejudicial administrativa, llevada a cabo por la Secretaría General de la Comunidad Andina de oficio o a instancia de un país miembro o de personas naturales o jurídicas afectados en sus derechos subjetivos y en sus intereses legítimos; y la otra judicial, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En la primera fase, cuando la Secretaria General considere que un país miembro está incumpliendo el ordenamiento jurídico comunitario, después de la apertura de un proceso de investigación, le formulará sus observaciones por escrito, El país miembro deberá contestar dichas observaciones dentro de un plazo fijado por la Secretaría General, que no deberá exceder de 60 días y, conforme a la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en Reunión Ampliada con los Representante Titulares Ante la Comisión de 16 de julio de 2005, artículo 4 literal e), no deberá ser menor de 10 días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, dentro de los 15 días siguientes, la Secretaria General emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones, En el caso de que el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro persistiere en su conducta, la Secretaría General, deberá pedir el pronunciamiento del Tribunal, presentando ante éste la demanda de la acción de incumplimiento pertinente. Igual procedimiento se observará cuando un país miembro considere que otro país miembro está incumpliendo normas comunitarias, conforme a lo dispuesto en artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal.

Cuando la apertura de la investigación sea por denuncia de un país miembro o de una persona natural o jurídica y la Secretaría General en un plazo de 60 días de emitido el respectivo dictamen de incumplimiento, no intentare la acción, o dentro de los 75 días de recibida la denuncia no emitiere el dictamen o éste no fuere de incumplimiento, el país miembro o la persona natural o jurídica pueden acudir directamente al Tribunal Comunitario en acción de incumplimiento.

En el caso en el que se hubiese emitido una Resolución de calificación de gravamen o restricción al comercio o cuando se trate de un incumplimiento flagrante, conforme a la citada Decisión 623, el plazo no debe exceder de 20, conforme al mencionado literal e) del artículo 4 y la Secretaría General emitirá, en la brevedad posible, el dictamen motivado correspondiente, para proceder en consecuencia.

La segunda fase, es la jurisdiccional, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, una vez cumplidos los presupuestos procesales correspondientes. Es necesario que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial exista congruencia suficiente, de tal forma que la conducta objeto de la acción de incumplimiento sea la misma en los tres actos y momentos antes referido, de modo que las pretensiones de la demanda resulten acordes con las conductas de acción u omisión que fueron consideradas en la nota de observaciones y en el dictamen de incumplimiento y de esta manera se asegure la unidad del objeto de la acción y se garantice el derecho a la defensa. En reiterada jurisprudencia el Tribunal ha sostenido que entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda judicial debe existir *“suficiente congruencia... para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo de la controversia”* (Sentencia dictada en el Proceso 01-AI-96, publicada en la G.O.A.C. N°. 234 de 21 de abril de 1997. Caso: pipeline).

El Tribunal tiene la facultad de ordenar la suspensión provisional de la medida infractora de acuerdo a lo previsto por el artículo 109 de su Estatuto. La acción puede culminar con una sentencia declarativa de incumplimiento la cual, no obstante de tener esa naturaleza, establece la obligación por parte del país miembro incumpliente de adoptar dentro del plazo de 90 días, conforme a lo previsto en el artículo 4 y párrafo primero del artículo 27 del Tratado, las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento, caso contrario a través de un procedimiento sumario, por desacato a la sentencia, se le impondrá las sanciones previstas en el artículo 27 párrafos segundo y tercero del Tratado

de Creación del Tribunal y conforme al procedimiento establecido en los artículos 112 y siguientes de su Estatuto.

### **Indemnización de daños y perjuicios con base a la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal y 110 de su Estatuto, para el caso de que el particular opte por la vía ante la Secretaría General y obtenga sentencia de incumplimiento, la misma se constituye en título legal y suficiente para obtener la indemnización de daños y perjuicios, lo que conlleva, sin embargo, una nueva acción ante el juez nacional competente, que se podría evitar si se ejerce la acción de incumplimiento prevista en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, que se explica a continuación.

### **Segunda vía: Ante los jueces nacionales en aplicación del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal**

Esta vía, no obstante de encontrarse prevista desde la Creación del Tribunal Comunitario, aún no ha sido específicamente utilizada, está dispuesta en favor de los particulares, personas naturales o jurídicas, para que puedan recurrir directamente ante sus *órganos jurisdiccionales nacionales competentes, de conformidad con su derecho interno, pero sustentada en la norma comunitaria*, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de Creación y resulten afectados sus derechos o intereses legítimos. Tutela intereses particulares, resguardados por el derecho comunitario convertido en derecho positivo interno.

Se encuentra sustentada, no sólo en el espíritu insito en la norma contenida en el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, en concordancia con el preámbulo y artículo primero del Acuerdo de Cartagena, artículo 25 del mismo Tratado de Creación y artículo 49 literal c) de su Estatuto, dentro de los objetivos y fines del proceso de integración y a la luz de su interpretación dogmática jurídica y teleológica en el contexto integral de la normativa referida a la acción de incumplimiento, sino también en los principios que fundamentan el ordenamiento jurídico comunitario: aplicación inmediata, efecto directo y primacía de la norma comunitaria sobre el ordenamiento jurídico de los países miembros y la consiguiente penetración de aquel, en el ordenamiento jurídico interno, que convierte a la norma comunitaria en norma nacional y como tal imperativa y de cumplimiento obligatorio.

Es una facultad expresa y diáfana no sólo por el sentido y alcance que emerge del artículo 31 del Tratado, sino también como ya se dijo, por sus fundamentos doctrinarios, como también por encontrarse debidamente sustentada en otras normas, como las contenidas en el artículo 25 del mismo Tratado que en su párrafo segundo dice: *“La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior –se refiere a que las personas naturales o jurídicas, podrán acudir ante la Secretaría General y al Tribunal en caso de incumplimiento de los países miembros– excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa”*, cuya norma, sin lugar a dudas, reconoce que el legislador comunitario ha previsto para las personas naturales o jurídicas esta otra vía, cuya procedencia es inobjetable y encuentra aún mayor refuerzo en el literal c) del artículo 49 del Estatuto del Tribunal que, al referirse a los requisitos adicionales en la demanda de incumplimiento – ante la Secretaria General– dispone: *“si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”*, que reitera y confirma la existencia de este procedimiento cuando se producen casos de incumplimiento de la normativa comunitaria andina, por parte de los países miembros que afectan derechos e intereses particulares.

Una vasta estructura de soportes jurídicos y principios doctrinarios fundamentan inobjetablemente el derecho de los particulares para hacer uso de sus propios mecanismos jurisdiccionales internos a fin de obtener que la norma comunitaria, convertida en derecho positivo nacional, proteja sus derechos e intereses, al amparo de los objetivos de la integración.

Sin embargo, en el caso de que se opte por la vía del juez nacional, éste deberá ocurrir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para solicitar la interpretación prejudicial de la norma comunitaria, supuestamente violatoria del ordenamiento jurídico comunitario, que deberá aplicar al caso concreto, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 32 al 36 del Tratado de Creación del Tribunal y 121 al 128 de su Estatuto, con lo que se mantiene el nexo de cooperación entre ambas jurisdicciones –la interna y la comunitaria– en la consecución de la declaración y aplicación uniforme de la norma comunitaria, dentro los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales correspondientes.

A manera de objetivizar el procedimiento pondremos como ejemplo un caso hipotético: una empresa constituida en uno de los países miembros co-

mercialice productos de otro país miembro, para lo que ha tenido que efectuar inversiones en infraestructura, personal, difusión, etc., por varios millones de dólares y que el país donde se encuentra instalada, a título de favorecer a la industria nacional, desconociendo el Capítulo VI Programa de liberación, artículos 72, 73, 75 76 y 77, imponga gravámenes y restricciones que le imposibiliten competir con los precios de los productos nacionales y continuar con sus actividades empresariales.

Ante tal situación la persona natural o jurídica afectada en sus derechos tiene dos alternativas: 1) hacer la denuncia correspondiente contra el país miembro infractor ante la Secretaria General y en su caso presentar la demanda ante el Tribunal Andino, lo que supone observar el procedimiento previsto en el artículo 25 concordante con el artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal; o bien 2) recurrir ante el Juez Nacional Competente del país miembro infractor al amparo del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a la legislación interna, demandando el incumplimiento, pudiendo solicitar medidas cautelares, entre ellas la suspensión provisional del acto violatorio a fin de evitar mayores perjuicios y obtener finalmente, previa solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal Andino, la sentencia declarativa de incumplimiento y reparatoria directa de los daños y perjuicios con todos los efectos de su inmediatez, eficacia y eficiencia.

Este procedimiento respecto a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos resulta más conveniente con relación a la primera vía en la que la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a pesar de resguardar los intereses comunitarios, sólo constituye título legal y suficiente para que pueda solicitar ante el juez nacional del país miembro infractor la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo dispuesto por los artículos 30 del Tratado de Creación y 110 de su Estatuto.

El procedimiento seguido ante los jueces nacionales, además tiene una serie de ventajas, toda vez que resulta una acción directa, eficaz y eficiente, porque tan pronto se afectan derechos o intereses privados de las personas naturales o jurídicas, que provienen de la normativa comunitaria, éstas por efecto de los caracteres señalados precedentemente deben ser amparadas como si se tratara de derechos que provienen de la normativa interna y, aún más, con la primacía que le da el Derecho Comunitario y, en consecuencia, como sucede con otras situaciones en que los derechos afectados provienen del derecho positivo interno, deben ser tutelados por el juez nacional y obtener de

él la cesación de la violación y la reparación de los daños y perjuicios consiguientes.

Por otra parte, en atención a que la sentencia de incumplimiento que conlleva el pago de daños y perjuicios a cargo del país miembro infractor, es susceptible de ser repetida contra los directos responsables de la violación de la norma comunitaria, se constituye en una eficaz medida disuasiva de conductas antijurídicas contra del Derecho Comunitario, toda vez que ninguna autoridad quisiera estar en la situación de ver afectado su patrimonio personal como consecuencia de la mencionada repetición. En este caso la sanción y consiguiente reparación al ser directa y eficaz coadyuvará al proceso de integración, al disuadir a las autoridades nacionales a dictar normas jurídicas violatorias al ordenamiento jurídico comunitario, haciendo eficiente la preservación y observancia del ordenamiento jurídico comunitario.

La vía ante los jueces nacionales, en resguardo del interés particular, reiteramos no obsta para que la Secretaria General o los Estados miembros afectados acudan al procedimiento que se surte ante la Secretaría General, previsto en los artículos 23 y 24 del Tratado de Creación del Tribunal en resguardo del interés público comunitario, lo que, sin embargo, contrario sensu, si los particulares han optado por esta vía ya no pueden hacerlo ante sus jueces nacionales por expresa determinación de los artículos 25 del Tratado de Creación y 49 literal c) del Estatuto.

En las reflexiones hechas sobre la viabilidad del procedimiento ante los jueces nacionales, el doctor Guillermo Chahín, ex Magistrado del Tribunal, apoyando la aplicación de esta vía, sostiene: *“Al tenor de lo que preceptúa el artículo 31 del Tratado, los particulares pueden también interponer acciones mediante procesos judiciales internos en los que los jueces nacionales tengan competencia para definir los incumplimientos del ordenamiento jurídico comunitario que puedan afectar los derechos de los individuos, con el objeto de lograr no sólo el cumplimiento de las obligaciones contraídas sino también la reparación de los perjuicios ocasionados por tal conducta. En este caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina interviene mediante pronunciamiento sobre la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que deban ser aplicadas por el juez nacional que conoce del proceso interno. La responsabilidad que pueda generarse en estos casos es también interna, asimilable en derecho administrativo a la responsabilidad extracontractual del Estado por actos o por hechos de la administración”*(21).

## **El Tribunal Andino como órgano esencial y medular del Poder Judicial Comunitario y su proyección**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del contexto de las competencias jurisdiccionales que le han sido asignadas y en relación con las ejercidas por los jueces nacionales de los países miembros, constituye parte esencial del Poder Judicial Comunitario, conforme a las reflexiones que hace Lotario VilaBoy Lois, quien al referirse al reparto de las competencias entre la institución judicial comunitaria y las jurisdicciones nacionales, señala: “... *el Tribunal de Justicia no es un simple órgano judicial, ni siquiera únicamente una autoridad judicial, sino que se presenta como un auténtico poder judicial comunitario, del que posee los medios para hacerlo, un título indiscutible y voluntad de comportarse como tal*”(22).

En este sentido, dentro del contexto de la cooperación que se da entre el Tribunal comunitario y los jueces nacionales, si bien aquel es la única jurisdicción comunitaria, no es en cambio el único juez que administra justicia en el Derecho comunitario, toda vez que a través de la interpretación prejudicial, del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, ya referido, se desprende que el sistema comunitario en lugar de crear Tribunales propios en cada uno de los países miembros, lo que además de resultar una organización de difícil administración y de ineficaz aplicación para la observancia uniforme del ordenamiento jurídico comunitario, *ha optado por convertir a los jueces nacionales en jueces comunitarios y a los habitantes de los países miembros en ciudadanos comunitarios*, sujetos de derechos y obligaciones comunitarios, de donde resulta que el Poder Judicial comunitario reside en todos los órganos que integran ambos niveles: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y jueces nacionales, cuya realidad merece ser profundizada y perfeccionada; aspirando a que sobre sus bases y luces así como con la institucionalidad que logre adquirir el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, creado por el Protocolo de Olivos, se conforme un *Tribunal de Justicia Supranacional para el subcontinente* instituyéndose de esta manera el *Poder Judicial Sudamericano*, teniendo presente que el 8 de diciembre de 2004 se constituyó la Comunidad Sudamericana de Naciones.

---

(21) Testimonio Comunitario, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004. Magistrado Walter Kaune Arteaga 10/2005.

(22) Isaac, Guy Ob. cit.

## Bibliografía

Barriga López, Leonardo. *Compendio Integración y Mercados Económicos*; Editorial Pedro Jorge Vera, Quito – Ecuador, 2001

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® © 1993–2002 Microsoft Corporation, 2003.

Bueno Martínez, Patricio. *Memoria del Seminario Internacional:*

*Integración Económica y Derecho Comunitario*, Tema ‘Sistema de resolución de conflictos y órganos jurisdiccionales’, 1ra. Edición, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito – Ecuador, 1997.

Chahin Lizcano, Guillermo. *Comercio Exterior*, 2da. Edición, Editorial Linotipia Bolívar, Santafé de Bogotá – Colombia, 1998.

Derecho Comunitario Andino, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) Fondo Editorial, Perú, 2003.

Derecho Subregional Andino, Jornada sobre. Universidad de Margarita. Colección Eventos. Octubre, 2003.

Diccionario Espasa, 2001, edición electrónica en CD

Dieter Borchardt, Klaus. El ABC del Derecho Comunitario. EuroLex, 2003 en: <http://europa.eu.int/lex/es/about/abc/index.html>, 2003.

Drucker, Peter. *Sociedad Post Capitalista*, Editorial Norma, Bogotá – Colombia, 1994.

Ekmekdjian, Miguel Angel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*, 2da Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1996.

E. García de Enterría, J.D. Gonzáles Campos, y S. Muñoz Machado. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid – España, 1986.

Guy, Isaac.; *Manual de Derecho Comunitario General*, 1ra Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona – España, 1985.

Hammer Michael & James Champy, Reingeniería, Editorial Norma, Barcelona, 1994.

Hay Edward, *Justo a Tiempo*, Traducción Margarita Cárdenas, Editorial Norma – Impreso en Colombia.

Kaune Arteaga Walter. *Reforma y modernización del Estado*, 2da Edición, Editorial Temis, La Paz – Bolivia, 1996.

Lotario, Vilaboy Lois. *Derecho Procesal Comunitario*, Tema 1 ‘El sistema jurisdiccional comunitario’, 1ra Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia –España, 2001.

Michael Hammer & James Champy, *Reingeniería*, Editorial Norma.

Molina del Pozo, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ta. Edición, Editorial Difusa, Madrid – España, 2002.

Pizzolo Calogero, *Globalización e Integración*, Ensayo de una Teoría General, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002.

Ruiz Diaz Labrano, Roberto. *MERCOSUR, Integración y Derecho*, Intercontinental Editora, Bueno Aires, 1998.

Tamames, Ramón. *Un nuevo orden mundial*, 3ra. edición, Editorial Espasa–Calpe, Madrid – España, 1992.

Toffler, Alvin. *El cambio del poder*, Editorial Plaza & Janes S.A., Barcelona – España, 1991.

Tangarife Torres, Marcel, *Derecho de la integración en la comunidad andina*, 1ra. Edición, Editorial Raisbeck Lara, Rodríguez y Rueda Baker & MacKenzie, Bogotá – Colombia, 2002.

Rodríguez Iglesias, Gil Carlos. *La Experiencia Europea en la aplicación judicial del Derecho Comunitario*, libro *La Integración del Derecho Comunitario y el Pacto Andino– Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre 1997*.

Sánchez, Rodríguez Ignacio. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid – España, 1986.

Sobrino Heredia, José Manuel. *Integración y Supranacionalidad – Soberanía y Derecho Comunitario en los países andinos*, Secretaria

General de la Comunidad Andina y programa de cooperación andina a Bolivia /PCAB. Lima – Perú, 2001.

Uribe Restrepo, Fernando, *La interpretación prejudicial en el Derecho Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito – Ecuador, 1993.

Zelada Castedo, Alberto. *Derecho de la integración Económica Regional*, Banco Interamericano de Desarrollo – Instituto para la integración de América latina BID–INTAL, Buenos Aires – Argentina, 1989.

Troconis Villarreal, Moisés. *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia Serie Eventos N° 3, Caracas–Venezuela, 2001.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Testimonio Comunitario, Doctrina–Legislación–Jurisprudencia*, Quito, agosto 2004.

### **Páginas WEB**

ALADI, 2003 en: <http://www.aladi.org>

CEPAL, 2004 en: <http://www.cepal.org>

Comunidad Andina, 2003 en: <http://www.comunidadandina.org>

MERCOSUR, 2003 en: <http://www.mercosur.org.uy>

Revista Diagonal – Entrevista a Sergio Fabbrini realizada por Julio Echeverría, 2003 en: [http://www.diagonal-ecuador.org/revistalagosto03nl/articulo\\_fabbrinin.html](http://www.diagonal-ecuador.org/revistalagosto03nl/articulo_fabbrinin.html)

Unión Europea, 2003 en: <http://www.uit.org>

The World Bank Group, 2004, en: <http://www.worldbank.org>



## **SOLUCIÓN JURISDICCIONAL DE LAS CONTROVERSIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA<sup>(\*)</sup>**

**Por Olga Inés Navarrete Barrero (\*\*)**

Los diferentes esquemas de integración económica –de alcance parcial, subregionales, plurilaterales, bilaterales– prevén diversos medios para la solución de controversias que pudieran presentarse entre los Estados miembros de la organización a propósito de la interpretación o de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, de manera que, existen diferentes formas de proveer al “control de legalidad” y a la “solución de controversias”.

Es en virtud de las necesidades que plantean la naturaleza y los alcances de los compromisos adquiridos por los Estados miembros que se impulsan diversos mecanismos para resolver los conflictos que se generen siendo que, como se verá, en la Comunidad Andina se fue perfeccionando el sistema hasta llegar al modelo actual mediante la adopción de un organismo plenamente independiente y permanente a cuya jurisdicción obligatoriamente deben someterse los países miembros.

### **I. Los inicios**

La creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el fruto de un largo período de maduración.

Inicialmente, el Acuerdo de Integración Subregional, denominado oficialmente Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969,

---

(\*) Ponencia presentada en el Primer encuentro de los magistrados de las Cortes Supremas de los países de la CAN, del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, realizada el 12, 13 y 14 de octubre de 2005 en Lima, Arequipa (Perú).

(\*) Magistrada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

y en vigencia, para Colombia, Chile y Perú, desde el 16 de octubre del mismo año, no contemplaba la solución jurisdiccional de controversias que pudieran suscitarse en razón de la interpretación de las normas del Tratado; señalaba que en caso de presentarse discrepancias en la interpretación o en la ejecución del Acuerdo, o de las Decisiones de la Comisión, correspondía a ésta llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios; y que, de no resolverse por estas vías la discrepancia, los países miembros debían sujetarse a los procedimientos previstos en el “Protocolo para la Solución de Controversias”, suscrito en Asunción, Paraguay, el 2 de septiembre de 1967 (artículo 23).

La Comisión, órgano máximo del Acuerdo, en el reglamento que aprobara en su Primer Periodo de Sesiones Ordinarias, del 21 al 25 de octubre de 1969, a través de la Decisión N° 6, (1) precisa que los países afectados por la discrepancia debían buscar su solución a través de negociaciones directas. De no alcanzarse la solución, o de ser ésta parcial, la Comisión debía interponer sus buenos oficios.

De ser insuficientes los buenos oficios, debía ejercer su mediación y proponer fórmulas de avenimiento. De ser infructuosa la mediación, debía designar un comité de conciliación para investigar los hechos, escuchar a las partes y emitir un Informe con propuestas de solución. Y de fracasar la conciliación, los países en conflicto debían recurrir al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el citado “Protocolo para la Solución de Controversias”, suscrito el 2 de septiembre de 1967, y pendiente para entonces de ratificación.

El Acuerdo preveía, entre los mecanismos para alcanzar sus objetivos de integración económica y desarrollo, el establecimiento de un Programa de Liberación y la fijación de un Arancel Externo Común, cuya etapa previa sería la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común (artículo 3, literales c y d). El Programa de Liberación, automático e irrevocable, pretendía la eliminación de los gravámenes y de las restricciones de todo orden que incidieran sobre la importación de la universalidad de los productos originarios del territorio de cualquier país miembro (artículos 41 y 45). Las restricciones debían haber sido eliminadas, salvo excepciones, a más tardar el 31 de diciembre de 1970 (artículo 46). Y la desgravación arancelaria debía alcanzar-

---

(1) JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. Ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Decisiones 1-90, tomo 1, Lima, Editorial Universo, 1982, pp. 14-15.

se, en su totalidad y salvo excepciones, a más tardar el 31 de diciembre de 1983 (artículo 45). Además, los países miembros se comprometían a poner en aplicación un Arancel Externo Común, a más tardar el 31 de diciembre de 1983.

Sin embargo, la práctica reveló la falta de cumplimiento, por parte de los países miembros, de las obligaciones derivadas del Programa de Liberación y del Arancel Externo Mínimo Común, o del Arancel Externo Común, Según el ex – Magistrado Fernando Uribe Restrepo (2) “... en los inicios del proceso, un explicable afán de acelerar la integración al máximo, un exceso de optimismo en relación con las posibilidades reales y, sobre todo, el imprevisto y dramático deterioro en las condiciones económicas de la subregión en la década de los 70, hicieron que los compromisos iniciales –especialmente en cuanto al señalamiento de plazos para las distintas etapas de la integración– resultaran de imposible cumplimiento... Los compromisos integracionistas, en virtud de las especiales circunstancias, carecieron así desde un principio de firmeza, consistencia y estabilidad. Tanto es así que las mismas obligaciones básicas concretas, pactadas en el Acuerdo de Cartagena, han debido ser modificadas a lo largo del proceso por una serie de Protocolos...”. En efecto, los protocolos suscritos en Lima (1976) y Arequipa (1978) tuvieron por objetivo básico la ampliación de varios de los plazos de cumplimiento de los compromisos iniciales.

Los incumplimientos, calificados como “sistemáticos y recurrentes” por Uribe Restrepo (3), dieron lugar a controversias que debían ser tratadas y resueltas a través de la serie de procedimientos previstos en el Acuerdo. Sin embargo, a su juicio, “estos sistemas indirectos y condicionados [se refiere a los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación, conciliación y arbitraje], utilizados por el derecho internacional en sus primeras etapas, no resultaban adecuados (por insuficientes) a las inusitadas exigencias y complejidades de un compromiso internacional tan serio y profundo como el de la integración de países en desarrollo... “(4). A propósito de los procedimientos

---

(2) URIBE RESTREPO, Fernando. “EL TRIBUNAL ANDINO Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”. En: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria 1992, Quito, Impreseñal, 1993, p.235.

(3) *Ibidem*, p. 235.

(4) URIBE RESTREPO, Fernando. “EL TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA”. En: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria de 1989. Quito. 1990. p. 66.

de conciliación y arbitraje, el ex-magistrado Hugo Poppe (5) sostuvo que se revelaron inoperantes por ineficientes. Poppe explica que el mecanismo de solución de controversias no se acomodó a las necesidades del control de legalidad en un proceso de integración; que el ordenamiento omitía indebidamente el control de los actos de la Comisión y de la Junta; que fue un error ligar la integración andina a los procedimientos de la ALALC; que el Acuerdo debió haber instituido, desde el origen, un sistema judicial propio y autónomo (6); que la falta de la función judicial contribuyó “a la impunidad con que los Estados miembros se habituaron a las prácticas del incumplimiento” (7) y que, “en el camino hasta entonces recorrido”, se llegó al convencimiento de que “era imposible edificar una comunidad de derecho, como es la integración subregional, sin un órgano jurisdiccional ajustado a su específica realidad, que garantice, de modo efectivo, el respeto al ordenamiento jurídico” (8). En otro texto, Poppe sostiene que, al evaluarse la significación del órgano jurisdiccional del Acuerdo, “...deberán tenerse en cuenta los centenares de incumplimientos acumulados con anterioridad a 1984, que precisamente se deben al hecho de haber carecido el Acuerdo de la función judicial ante el cual hubieran podido acudir oportunamente los países miembros para exigir el respeto y el restablecimiento del ordenamiento jurídico” (9).

Tal estado de cosas condujo a que en su Sexto Periodo Extraordinario de Sesiones, celebrado entre el 8 y el 18 de diciembre de 1971, la Comisión dejara constancia de la necesidad de *crear un órgano jurisdiccional para dirimir las controversias que suscitasen la aplicación del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones y las Resoluciones*, y recomendara que la Junta, órgano técnico del Acuerdo, realizara los estudios necesarios para disponer de los elementos de juicio que permitieran formular recomendaciones a los Gobiernos sobre la creación del órgano jurisdiccional del Acuerdo. En efecto, Uribe Restrepo informa que, a solicitud de la Junta, el Instituto para la Integración de América Latina –INTAL– hizo una serie de investigaciones sobre la solución de conflictos, el control de la legalidad y la interpretación uniforme del Derecho en las Comunidades Europeas, la ALALC, el Mercado Común Cen-

---

(5) POPPE, Hugo. “LAS DOS ETAPAS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL PACTO ANDINO”. En: Informe Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Labores 1986, Quito, Impresión, 1987, p. 48.

(6) *Ibíd.* p. 49.

(7) *Ibíd.* pp. 48-49.

(8) *Ibíd.* p. 49.

(9) *Ibíd.* p. 124.

troamericano y el GATT, y luego elaboró una serie de trabajos sobre la solución de controversias en esquemas de integración y cooperación (10).

Sobre la base de estos estudios, la Junta del Acuerdo presentó un primer Informe, en diciembre de 1972, en el cual propuso confiar el control de la legalidad a un Tribunal de Justicia subregional “al que se deben atribuir competencias de anulación de las Decisiones de la Comisión y Resoluciones de la Junta que violen el orden jurídico del Acuerdo; de constatación y sanción del incumplimiento de la estructura jurídica del Acuerdo por parte de los países miembros y, finalmente, la competencia de interpretar, en la vía prejudicial las normas derivadas de la estructura jurídica del Acuerdo” (11).

En 1974, la Junta presentó un proyecto de Tratado de Creación del Tribunal. Dos años después, el 30 de octubre de 1976, fue suscrito el Protocolo de Lima, modificadorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 117), cuyo objetivo principal fue la ampliación de los plazos establecidos para el cumplimiento del Programa de Liberación y para la puesta en aplicación del Arancel Externo Común. A partir de junio de 1977, la Junta convocó a expertos gubernamentales y a representantes plenipotenciarios para la negociación del Tratado del Tribunal. Un año después, el 21 de abril de 1978, fue suscrito el Protocolo de Arequipa, también modificadorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 147), cuyo objetivo principal fue la ampliación, en unos casos, y la reducción, en otros, de los plazos previstos en el Acuerdo y en el Protocolo de Lima, en materia de Programa de Liberación y de Arancel Externo Común. El 8 de agosto de 1978, los presidentes se reunieron en Bogotá y declararon “la impostergable necesidad de disponer de un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo”, instruyendo que el estudio de la materia debía concluir con la suscripción, al año siguiente, “del Tratado para la creación del Tribunal Andino de Justicia” (12). En abril de 1979, los representantes de los Estados miembros presentaron el informe final sobre el proyecto de Tratado.

---

(10) URIBE RESTREPO, Fernando. *El Tribunal Andino y la Solución*. Op. cit., p. 233.

(11) JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. “DOCUMENTO J/AJ/29”, 5 de diciembre de 1972.

(12) PICO MANTILLA, Galo. “DOCUMENTOS BÁSICOS DE LA INTEGRACIÓN ANDINA”. Segunda edición Quito, Congreso Nacional, 1984, p. 245.

## II. El tratado

El 28 de mayo de 1979, los plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela suscribieron en Cartagena de Indias, Colombia, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En esa ocasión, los presidentes recomendaron “la urgencia de la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que es una demostración del alto nivel de madurez y estabilidad que adquieren las instituciones del Sistema Andino y constituye la primera experiencia latinoamericana que dota al Derecho de Integración de una instancia jurisdiccional e interpretativa ...”. Con la creación de la función jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanza plenitud institucional, reafirma su personalidad jurídica internacional, su propia autonomía y la permanencia de sus objetivos, órganos y mecanismos (13).

En el preámbulo de este Tratado, los países miembros declararon que “la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los Derechos y Obligaciones que de él se deriven deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los países miembros, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

Sobre este principio y en el reconocimiento de la urgente necesidad de “garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena” se creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano principal del Acuerdo (artículo 6), integrado por cinco Magistrados que gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones (artículo 7), y con competencia exclusiva para conocer de las controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, prohibiendo expresamente a los países miembros someter tales controversias a tribunales, sistemas de arbitraje o procedimientos distintos de los contemplados en el Tratado (artículo 33). En lo que concierne a los mecanismos de solución de las controversias previstos en el original artículo 23 del Acuerdo, y que incluían la sujeción de los países miembros al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el “Protocolo para la Solución de las Controversias”, el Tratado limita su uso a las controversias que surjan entre uno de los países miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo que no sea miembro del Acuerdo (artículo 33).

---

(13) *Ibíd.* p. 257.

Suscrito el Tratado de Creación del Tribunal, los países miembros procedieron a su aprobación y ratificación. Sin embargo, el instrumento de ratificación de Venezuela no fue depositado en la Secretaría de la Comisión sino hasta el 19 de mayo de 1983, por lo que, de conformidad con el artículo 37 del Tratado, éste entró en vigencia en esa fecha. Es decir, el Tribunal se instituyó 14 años después de la aprobación del Acuerdo de Integración.

La Comisión aprobó, en fecha 19 de agosto de 1983, con fundamento en la competencia prevista en el artículo 14 del Tratado, el Estatuto destinado a disciplinar el funcionamiento del Tribunal y los procedimientos judiciales a seguirse ante él. Luego, las gestiones del Gobierno del Ecuador hicieron posible que el Tribunal, cuya sede es la ciudad de Quito, se instalase e iniciase su funcionamiento el día 5 de enero de 1984. Finalmente, el propio órgano jurisdiccional, sobre la base de la competencia prevista en el artículo 14 del Tratado, dictó su Reglamento Interno el 15 de marzo de 1984, cuyo objeto fue desarrollar las disposiciones del Estatuto.

El Tribunal del Acuerdo tiene carácter permanente su jurisdicción es obligatoria para los países y es exclusiva, pues está vedada en forma expresa recurrir a otros procedimientos. El Tratado que lo crea le atribuye las siguientes competencias:

En primer lugar, la de declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta dictadas con violación de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo, incluso por desviación de poder, cuando tales Decisiones y Resoluciones sean impugnadas por cualquiera de los países miembros, la Comisión, la Junta o las personas naturales o jurídicas a quienes aquéllas les resulten aplicables y les causen perjuicio (artículos 17 y 19).

En segundo lugar, la de declarar el incumplimiento, por parte de los países miembros, de las obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo. El ejercicio de la acción ante el Tribunal presupone el desarrollo de un procedimiento ante la Junta que, impulsado por ésta o por el reclamo de un país miembro, conduce a la emisión de un dictamen motivado. Si el procedimiento ha sido impulsado por la Junta, el dictamen ha sido de incumplimiento y el País Miembro persiste en la conducta que ha sido objeto de observaciones, aquélla “podrá” solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Y si el procedimiento ha sido impulsado por el reclamo de uno de los países miembros, el dictamen ha sido de incumplimiento y el País Miembro persiste en la conducta objeto del reclamo, la Junta “deberá” solici-

tar el pronunciamiento del Tribunal. En su defecto, el País reclamante podrá obrar *motu proprio* ante el Tribunal (artículos 23 y 24). Si la sentencia declara el incumplimiento, el País Miembro queda obligado a adoptar las medidas necesarias para su ejecución dentro de los tres meses siguientes a su notificación. De no cumplirse esta obligación, el Tribunal, luego de un procedimiento sumario, determinará los límites dentro de los cuales los demás países miembros podrán restringir o suspender las ventajas del Acuerdo que beneficien al País Miembro remiso (artículo 25). La sentencia será revisable por el Tribunal, a petición de parte, si el recurso se funda en un hecho que, desconocido por el recurrente para la fecha de expedición de aquella, hubiese podido influir decisivamente en el resultado del proceso (artículo 26).

El Tratado precisa que, para su cumplimiento, las sentencias del Tribunal no requieren de homologación o de exequátur en ninguno de los países miembros (artículo 32).

En cuanto a las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, el Tratado se limitó inicialmente a atribuirles el poder de obrar al efecto ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con el respectivo derecho interno (artículo 27).

En tercer lugar, el Tribunal tiene atribuida competencia para interpretar las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros (artículo 28). Del citado ordenamiento formaban parte entonces el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, el Tratado de Creación del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta (artículo 1).

Por otra parte, cabe poner de relieve que es en el Tratado que crea el Tribunal donde se establece la aplicabilidad directa de las Decisiones de la Comisión, salvo que su texto disponga su incorporación al derecho interno, (artículo 3) y de las Resoluciones de la Junta (artículo 4).

Puesto en vigencia el Tratado e iniciado el funcionamiento del Tribunal, la primera demanda fue introducida por un particular el 24 de enero de 1984, pero no fue admitida por falta de competencia del órgano jurisdiccional. A ella siguieron otras tres, formuladas también por particulares, y no admitidas por falta de regularización. La quinta y la sexta no fueron admitidas por tratarse de acciones de incumplimiento entre particulares. La primera

demanda de nulidad fue introducida el 22 de marzo de 1985, y lo fue contra una de las Resoluciones de la Junta, Y la primera providencia de interpretación prejudicial fue dictada el 3 de diciembre de 1987 (14).

En cambio, a pesar de las denuncias contra los países miembros, no consta que la Junta hubiese emitido entonces dictamen alguno de incumplimiento. Tampoco consta que, en defecto de la Junta, los países lo hubiesen demandado ante el Tribunal. Por su parte, las personas naturales y jurídicas, principales afectadas en sus derechos, carecían de legitimación para ejercer directamente, en defecto de aquélla, la Acción por Incumplimiento, y el Tribunal carecía de competencia para conocer a su respecto (15) (16).

### III. La reforma del Tratado

La circunstancia anterior, entre otras, concurrió para que el Tribunal, al año siguiente de su puesta en funcionamiento, promoviera la reforma del Tratado. El Parlamento Andino acogió la iniciativa y, en su V Período de Sesiones Ordinarias, celebrado entre el 11 y el 16 de diciembre de 1985, recomendó la reforma a los países miembros, con el objeto de ampliar las esferas de competencia del Tribunal del Acuerdo, vista la necesidad de “ampliar y reforzar el control jurisdiccional del proceso de integración subregional, ya que en parte su actual crisis es debida al incumplimiento de las ordenaciones del Acuerdo” (17).

---

(14) TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. “JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA”. 1984-1988. Vol. I, Buenos Aires, BID-INTAL, 1994, pp. 1-124.

(15) POPPE, Hugo. Op. cit., pp. 53-54.

(16) Por ello, cuando el Tribunal dictó la primera sentencia definitiva de incumplimiento, apenas el 30 de octubre de 1996, destacó, visto que ni la Junta ni los países miembros habían ejercido acción alguna de incumplimiento hasta entonces, que en tales circunstancias “...no podía hablarse de que funcionara una tutela eficaz de defensa de los legítimos intereses comunitarios ni un control sobre el cumplimiento de las obligaciones y derechos derivados del proceso de integración para quienes, como los países y los particulares mismos, constituyen los principales protagonistas de la integración...”. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N° 1-AI-96. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 234, del 21 de noviembre de 1996.

(17) Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. 1986. En: TRIBUNAL DE JUS-

El Tribunal, por su parte, en febrero de 1986, presentó un Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado, del cual formaron parte las siguientes propuestas: “1– Una acción “popular” de nulidad, accesible a cualquier persona, contra las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, cuando tengan alcance general. 2– Acción de nulidad contra las mismas normas, cuando son de alcance particular, en cabeza de quien demuestre tener legítimo interés. 3– Acción de Incumplimiento en cabeza de los particulares, en contra de un País Miembro, previa una instancia administrativa ante la Junta. 4– Acción de los particulares por daños y perjuicios provenientes del mal funcionamiento de servicios públicos comunitarios, o causados por los funcionarios de la integración. 5– Facultar a las partes, en los procesos en los cuales se suscite la cuestión prejudicial, para acudir directamente ante el Tribunal. 6– Facultar al Tribunal para servir de árbitro entre los organismos del Acuerdo y entre particulares, en controversias relacionadas con el derecho comunitario. 7– Ampliar la Acción de Incumplimiento a las omisiones en que incurran los organismos del Acuerdo (acción por inactividad). 8– Competencia para declarar la compatibilidad, en un caso dado, entre el derecho interno de un país miembro y el derecho comunitario. 9– Convertir en obligatoria para la Junta la facultad que hoy tiene para iniciar la Acción de Incumplimiento contra un país miembro. 10– Competencia para conocer de controversias surgidas de contratos celebrados por los países miembros o por los órganos comunitarios, en ejecución de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo. El Tribunal presentó un proyecto de articulado y un proyecto de texto final unificado, incluyendo las anteriores”(18).

En el ámbito específico de los incumplimientos de los países miembros, las propuestas estaban dirigidas, en lo principal, a la consecución de dos objetivos: primero, convertir en un deber el poder de la Junta de obrar a través de la Acción de Incumplimiento; y segundo, otorgar legitimación a los particulares para ejercer dicha acción, en defecto de la Junta, y una vez agotado el procedimiento administrativo previo.

---

TICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. Memoria 1991. Quito, 1993, p. 193.

(18) Informe sobre la situación actual del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena enviado a los representantes de los países miembros y a los órganos comunitarios por el presidente del Tribunal. En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. Memoria de 1989. Quito, 1990, p. 102.

Sin embargo, el Proyecto no fue objeto de atención por parte de los países miembros.

El 12 de mayo de 1987 fue suscrito el Protocolo de Quito, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 236), vigente desde el 25 de mayo de 1988. El citado Protocolo, en lo principal, amplía los objetivos del Acuerdo, los programas y acciones de cooperación económica y social y la competencia de la Comisión y de la Junta; disciplina los programas de desarrollo industrial, agropecuario, agroindustrial y de infraestructura física; en el marco del Programa de Liberación, precisa la serie de medidas excluidas del concepto “restricciones de todo orden”; introduce las cláusulas de “nación más favorecida” y de “trato nacional”; declara que el Programa de Liberación será automático e irrevocable y que comprenderá, salvo excepciones, la universalidad de los productos, para llegar progresivamente a su liberación total; atribuye a la Comisión la competencia de fijar los plazos y las modalidades de aplicación del Arancel Externo Común; y extiende el régimen de las cláusulas de salvaguardia. En lo que concierne a la solución de controversias, prescribe que las que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo se sujetarán a las normas del Tratado que crea el Tribunal (artículo 23).

Los días 29 y 30 de noviembre de 1990, más de cuatro años después de presentado el Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado del Tribunal, se celebró el IV Consejo Presidencial Andino, y en él los presidentes decidieron, entre otros puntos, “...poner énfasis en la necesidad del cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, para lo cual encomiendan al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la conformación de una Comisión de Alto Nivel que elabore una propuesta para ser definida, a más tardar el 31 de marzo de 1991. Dicha propuesta podrá incluir elementos para reformar, si fuere el caso, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena...”. La Comisión se reunió los días 19 y 20 de marzo de 1991 y elevó un Informe en el cual destacó que la Acción por Incumplimiento constituía un mecanismo eficaz para garantizar la ejecución de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, y que lo que correspondía era que la Junta la ejerciese (19).

---

(19) Reformas al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA. Memoria 1992. Quito, Impreseñal, 1993, pp. 46–47.

No obstante, en el V Consejo Presidencial Andino, celebrado los días 17 y 18 de mayo de 1991, los presidentes acordaron “Encomendar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que revise el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, teniendo en cuenta, para tal efecto, las sugerencias de modificación presentadas por algunos países miembros, la Comisión de Alto Nivel y el propio Tribunal”. El Tribunal diseñó un nuevo Proyecto y lo sometió a la consideración de los Gobiernos de los países miembros y de los órganos del Acuerdo. Finalmente, en el VI Consejo Presidencial Andino, celebrado el 4 de diciembre de 1991, los presidentes dispusieron “Instruir al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, para que convoque en el primer trimestre de 1992 a una Reunión de Plenipotenciarios con miras al examen y suscripción de un Protocolo Modificatorio al Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia”. En efecto, la Reunión de Plenipotenciarios se celebró entre los días 16 y 18 de marzo de 1992, pero en ella no se alcanzó consenso sobre la totalidad de las modificaciones propuestas (20).

Más de tres años después, en agosto de 1995, se convino en un Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado. En septiembre del mismo año, el Consejo Presidencial Andino encomendó a una nueva Reunión de Plenipotenciarios la tarea de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificatorio a la estructura institucional del Sistema Andino de Integración que se estaba diseñando.

En marzo de 1996 se aprobó, durante el VII Consejo Presidencial Andino, el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 406), en vigencia desde el 3 de junio de 1997. En él se crea la Comunidad Andina, como una organización subregional con personalidad jurídica internacional (artículo 48), integrada por los Estados miembros y los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (artículo 5); se establece la composición del Sistema (artículo 6) y se atribuye competencia a cada uno de sus órganos e instituciones (artículos 11 a 46); se reemplaza la Junta por la Secretaría General; y, en lo relativo al régimen de solución de controversias, se declara que el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad, que su régimen está constituido por el Acuerdo, el Tratado de Creación y sus protocolos modificatorios, y que tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador (artículos 40 y 41).

En ese VII Consejo Presidencial Andino se reiteró la exigencia de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado del Tribunal a la es-

---

(20) *Ibidem*, pp. 47–48.

estructura del Sistema. Realizados los ajustes, el 26 de mayo de 1996 se suscribió el Protocolo Modificadorio del Tratado, denominado también Protocolo de Cochabamba (Decisión 472). El 17 de julio del mismo año entró en vigencia una breve reforma del Estatuto del Tribunal (Decisión 394). Luego de las aprobaciones y ratificaciones de rigor, el Protocolo entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

En el ámbito de las acciones de nulidad y de incumplimiento, las principales modificaciones fueron las siguientes:

La acción de nulidad podrá ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión, de la Resolución o del Convenio, y la legitimación de las personas naturales o jurídicas para ello dependerá únicamente de que el objeto de la impugnación afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (artículos 19 y 20).

El Tribunal, a petición de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar medidas cautelares si la ejecución de la Decisión, de la Resolución o del Convenio, cuya nulidad hubiese sido denunciada, causare o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación en la sentencia definitiva (artículo 21).

En el ámbito de esta acción, el Protocolo incorporó el mecanismo de la denuncia de inaplicabilidad por ilegalidad de la norma comunitaria y de su consulta al Tribunal. En efecto, en él se prevé que, aunque hubiese vencido el plazo para ejercer la acción de nulidad, cualquiera de las partes, en un litigio en curso ante el juez nacional, podrá solicitar a éste la inaplicabilidad al caso de una Decisión, Resolución o Convenio, por considerar que infringe el ordenamiento jurídico de la Comunidad, El Juez nacional deberá consultar al Tribunal acerca de la legalidad del instrumento denunciado y suspender el proceso hasta recibir el pronunciamiento correspondiente, el cual será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél (artículo 20).

En cuanto a la acción por incumplimiento, la Secretaría General de la Comunidad tendrá el deber de ejercerla cuando el dictamen motivado que pronuncie, en el procedimiento administrativo previo, sea de incumplimiento, y el país miembro, cuya conducta haya sido objeto de observaciones, persista en ella (artículo 23).

Cuando la denuncia de incumplimiento ante la Secretaría General sea formulada por un país miembro contra otro, las gestiones del órgano ejecuti-

vo tendrán por objeto subsanar el incumplimiento, de modo que la emisión del dictamen, dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo de respuesta del país miembro, estará supeditada a que no se hayan obtenido resultados positivos (artículo 24).

Las personas naturales o jurídicas podrán formular la denuncia ante la Secretaría General y, luego de agotado el procedimiento administrativo previo, ejercer la acción ante el Tribunal, si el incumplimiento del país miembro afecta sus derechos, caso que el órgano ejecutivo no emita el dictamen o no ejerza la acción dentro del plazo, o que el dictamen que emita no sea de incumplimiento. El ejercicio de la acción ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad excluirá que el particular pueda acudir por la misma causa ante el Tribunal Nacional competente (artículo 25).

El Tribunal, a petición de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causa o pudiera causar, al demandante o a la subregión, perjuicios irreparables o de difícil reparación (artículo 28).

La sentencia de incumplimiento que el Tribunal dicte, en el supuesto de que la acción haya sido ejercida por una persona natural o jurídica, constituirá título legal y suficiente para que ésta pueda solicitar al juez nacional la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes (artículo 30).

Por otra parte, el Protocolo introduce el mecanismo del recurso por omisión o inactividad para el supuesto de que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaria General se abstenga de cumplir una actividad a la que los obligue expresamente el orden jurídico de la Comunidad, y le atribuye competencia al Tribunal para conocer y decidir a su respecto (artículo 37).

Además, le atribuye competencia para conocer y decidir las controversias laborales que se susciten en el seno de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (artículo 40).

Y para conocer y decidir, por vía de arbitraje, previo acuerdo de las partes, las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre los órganos o instituciones del Sistema, o entre éstos y terceros, así como para conocer y decidir del mismo modo las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de contra-

tos de carácter privado, en aquellos de sus elementos disciplinados por el orden comunitario (artículo 38).

Finalmente, el Protocolo suprime la disposición que prevé el uso del procedimiento establecido en el artículo 23 del Acuerdo de Cartagena para las controversias que se susciten entre uno de los países miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo, y, en su lugar, faculta a los países miembros, así como a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, para someterse al régimen del Tratado en sus relaciones con terceros países o grupos de países (artículo 42).

El 25 de junio de 1997, días después de la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, fue suscrito el Protocolo de Sucre, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563), en vigencia desde el 14 de abril de 2003. Este último instrumento faculta a la Comisión para aprobar un marco general de principios y normas destinadas a lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios (artículo 79); establece, en el ámbito de la cooperación económica y social, una serie de programas para objetivos de desarrollo social (artículo 130); incorpora la figura de los Miembros Asociados (artículo 136); y, sobre todo, introduce, a través de una Primera Disposición Transitoria, el siguiente régimen especial para el Perú:

le atribuye competencia a la Comisión para definir los términos del Programa de Liberación a ser aplicado al comercio entre el Perú y los demás países miembros, con el objeto de lograr el pleno funcionamiento de la Zona Andina de Libre Comercio a más tardar el 31 de diciembre del año 2005, y exime al citado país miembro de la obligación de aplicar el Arancel Externo Común hasta que la Comisión decida los plazos y modalidades para la incorporación del Perú al citado mecanismo. Por lo demás, faculta a la Comisión, a través de otra Disposición Transitoria, para establecer un confuso mecanismo arbitral.

Vistas las reformas introducidas por el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo, y por el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal, el 22 de junio de 2001 fue aprobada la reforma del Estatuto del Tribunal (Decisión 500), vigente desde el 28 de junio del mismo año y, por este motivo, el Tribunal aprobó, el 18 de mayo de 2004, la reforma de su Reglamento Interno.

#### **IV. El orden jurídico sustancial**

El Acuerdo de Integración subregional ha instituido un orden jurídico de rango fundamental, destinado a disciplinar un proceso de integración que tiene por objetivo último el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la subregión. Por ello se considera, también en el ámbito de la integración subregional, que el Acuerdo es la norma constitucional de los países miembros y de los órganos e instituciones del Sistema, y que la Comunidad Andina es una Comunidad de Derecho, en tanto que sus órganos e instituciones, así como los países miembros, están sometidos al control de la conformidad de sus actos y omisiones con el orden del Acuerdo de Integración.

Los contenidos principales del Acuerdo son los siguientes: en primer lugar, establece sus objetivos y los mecanismos para alcanzarlos (Capítulo I); en segundo lugar, la organización del Sistema Andino de Integración y la competencia de cada uno de sus órganos e instituciones (Capítulo II); y en tercer lugar, la disciplina básica de las materias objeto de integración, a través de la regulación de sus objetivos específicos y de las políticas, programas, convenios, proyectos, medidas y acciones para alcanzarlos (Capítulos III a XVI).

El orden jurídico fundamental del proceso, constituido en esencia por el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal, es desarrollado por las normas derivadas, según la ordenación prevista en el Estatuto del Tribunal (artículo 2), normas de las cuales forman parte las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de integración.

A título de ejemplo, las materias del Acuerdo que, en el ámbito de la integración económica, han sido objeto principal de regulación, son las siguientes:

El Programa de Liberación de bienes, cuyo propósito es eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro (artículo 72) que, además, deben gozar, en el territorio del país miembro importador, de un tratamiento no menos favorable que el que se aplique a los productos similares nacionales (artículo 75). En la Comunidad Andina, la zona de libre comercio entre Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia se perfeccionó

entre los años 1992 y 1993. La incorporación del Perú ha sido gradual (Decisiones 414 y 415), a partir del 30 de julio de 1997, y, de conformidad con la Primera Disposición Transitoria del Protocolo de Sucre, la incorporación plena del citado país miembro se alcanzará, a más tardar, el 31 de diciembre del año 2005.

El Arancel Externo Común, destinado a la constitución de la Unión Aduanera, y cuya puesta en aplicación constituye un compromiso de los países miembros, se encuentra sometido a los plazos y modalidades que establezca la Comisión (artículo 81). En la Comunidad, el Arancel Externo Común se instituyó el 31 de enero de 1995, con la entrada en vigencia de la Decisión 370, en la cual se previó, además, un tratamiento preferencial para Ecuador y Bolivia, así como la posibilidad para los países miembros de excluir temporalmente de su aplicación una lista amplia de subpartidas NANDINA. El 14 de octubre de 2002 se negoció en la Comisión un nuevo Arancel Externo Común (Decisión 535), que debía entrar en vigencia el primero de enero de 2004. Sin embargo, la Comisión ha postergado tres veces su entrada en vigencia (Decisiones 569, 577 y 580). La última postergación ha sido prevista hasta el 10 de mayo de 2005.

La Calificación de Origen de las mercancías, cuyo objeto es asegurar que, mientras se constituye la Unión Aduanera, los beneficios de la zona de libre comercio correspondan únicamente a los productos que cumplan con los requisitos generales o específicos señalados en las reglas. En la Comunidad, la materia se encuentra regulada por el Acuerdo de Cartagena y por las Decisiones 416 (Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías) y 417 (Criterios y Procedimientos para la Fijación de Requisitos Específicos de Origen).

El Desarrollo Agropecuario, regulado en lo principal por el Sistema Andino de Franjas de Precios (Decisiones 371 y 410) y el Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria (Decisión 515), cuyos instrumentos son las normas sanitarias y fitosanitarias; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias inscritas en el Registro Subregional; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias de emergencia; el Registro Subregional de normas nacionales sanitarias y fitosanitarias; y los Permisos o Documentos Fito y Zoonosanitarios para Importación, así como los Certificados Fito y Zoonosanitarios para exportación y reexportación. El Sistema es desarrollado además por una serie de normas, como la relativa al registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola (Decisión 436).

La Competencia Comercial, de cuyo régimen forman parte las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia (Decisión 285, pendiente de reforma), por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina (Decisión 456), y por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de los países de la Comunidad (Decisión 457).

La Propiedad Intelectual, de la cual forman parte el Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (Decisión 345), el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Decisión 351), el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (Decisiones 391, 423 y 448) y el Régimen Común sobre Propiedad Industrial (Decisión 486).

El Comercio de Servicios, regulado a través del Marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina (Decisión 439), el Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios (Decisión 510) y, en materia de transporte, regulado principalmente por las normas sobre Transporte Multimodal (Decisiones 331 y 393), Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (Decisión 398), Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (Decisión 399) y Transporte Aéreo (Decisión 582). En materia de telecomunicaciones, las Normas que regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina (Decisión 462) y las Disposiciones sobre Utilización Comercial del Recurso Órbita Espectro de los países miembros para el Establecimiento, Operación y Explotación de Sistemas Satelitales (Decisión 479). Y en materia de energía, el Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad (Decisión 536).

La Normalización Técnica, cuyo sistema tiene por objeto facilitar el comercio intrasubregional, a través de la mejora de la calidad de los productos y servicios, y de la eliminación de las restricciones técnicas al comercio, y de cuyo régimen jurídico forman parte el Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología (Decisiones 376 y 419), el Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina (Decisión 506), la Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos (Decisión 516), y las Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de

Reglamentos Técnicos en los países miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario (Decisión 562).

El Régimen de Aduanas, del cual forman parte las normas relativas a la Declaración Andina del Valor (Decisión 379), la Nomenclatura NANDINA (Decisiones 381, 507 y 570), el Tránsito Aduanero Internacional (Decisión 477), la Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los países miembros de la Comunidad Andina (Decisión 478), la Valoración Aduanera (Decisión 521), el Valor en Aduana de las Mercancías Importadas (Decisión 571), el Arancel Integrado Andino (Decisión 572) y el Régimen Andino sobre Control Aduanero (Decisión 574).

Las Inversiones, disciplinadas por el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (Decisión 291), y por el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas (Decisión 292).

Y la Política Fiscal, de la cual forma parte el Régimen para evitar la Doble Tributación y prevenir la Evasión Fiscal (Decisión 578), así como la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado (Decisión 599) y la Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo (Decisión 600).

Descrito parcialmente el orden sustancial de la integración económica prevista en el Acuerdo de Cartagena, desarrollado a través de Decisiones, y éstas a través de Resoluciones, procede dar cuenta de la vía jurisdiccional establecida para la solución de las controversias que deriven de su interpretación y aplicación.

## **V. Los ámbitos de competencia del Tribunal**

El Tratado del Tribunal, modificado por el Protocolo de Cochabamba, define al ente como órgano jurisdiccional de la Comunidad (artículo 5), y le atribuye competencia para obrar como intérprete supremo del ordenamiento comunitario (cuestión prejudicial de interpretación), así como para garantizar su observancia por parte de los países miembros (acción por incumplimiento) y de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (acción de nulidad, recurso por omisión o inactividad, acción laboral).

El Estatuto, por su parte, lo define como el órgano jurisdiccional supranacional de la Comunidad, instituido para declarar el derecho andino y para

asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los países miembros, en salvaguardía de los intereses comunitarios y de los derechos de los citados Países (artículo 4).

De manera que el sistema establecido por el Tratado de Creación del Tribunal abarca funciones de control de legalidad, solución de controversias e interpretación uniforme del derecho comunitario en los países miembros, constituyendo, por lo tanto, uno de los más completos de los que se han desarrollado. En virtud del Tratado de Creación y de las enmiendas introducidas en el Protocolo de Quito, el Tribunal de Justicia pasó a formar parte, como “órgano principal” de la estructura institucional del Sistema de Integración Andino (21).

Con frecuencia se plantea la pregunta acerca de si la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina penetró en la soberanías de las jurisdicciones nacionales afectándolas y se debe responder que dada la estructura y autonomía y competencia de la interpretación y aplicación de un derecho comunitario distinto e independiente del de los países miembros, se mueve dentro de una órbita diferente a la de los órganos jurisdiccionales nacionales, con competencias también distintas que miran, en lo referente a la interpretación y aplicación del derecho, a un sistema de cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario.

### **Interpretación prejudicial**

Dado que el doctor Ricardo Vigil tratará in extenso este tema, solo recordaré que el profesor Bacigalupo destaca que es inherente a todo orden jurídico la idea de su unidad, porque la unidad es garantía de la igualdad, y la igualdad es uno de los valores superiores de todo orden. La unidad del orden exige que, en su ámbito territorial de validez, se lleve a cabo la interpretación y aplicación uniforme de sus normas. Así, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina requiere ser interpretado y aplicado uniformemente para ser el mismo en todos los Estados miembros. Lecourt destacaba que la piedra angular de la Comunidad no era sólo “una misma norma común”, sino dicha norma “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros”. Y Catalano, a propósito de la integración europea, advertía que “... habría sido

---

(21) Artículo 5º del Acuerdo: “SON ÓRGANOS PRINCIPALES DEL ACUERDO: LA COMISIÓN, LA JUNTA, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL PARLAMENTO ANDINO”.

peligroso admitir en los Estados miembros interpretaciones diversas por parte de las jurisdicciones nacionales..., el derecho comunitario se desdoblaría inmediatamente en tantos sistemas diferentes como cuantos derechos nacionales existen. Este riesgo, que es manifiesto, y que hubiese liquidado pronto las pretensiones de unidad de regulación propias de un mercado común supranacional, es lo que se ha intentado excluir con la regulación de la técnica prejudicial...”(22).

### **Acción por incumplimiento**

Es el instrumento por el cual el Tribunal está llamado a vigilar en última instancia el cumplimiento de las obligaciones que adquieren los países miembros de acatar y de no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico comunitario andino.

En términos del profesor Moreira, se trata de un medio procesal de control de la legalidad comunitaria, a través de un control objetivo de la ejecución, por parte de los Estados miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios (23).

Como se ha dicho, cada país miembro tiene el deber de cumplir con tales obligaciones y compromisos, independientemente de que los otros países o los órganos de la Comunidad cumplan o no con los suyos; además, no pueden adoptar unilateralmente medidas de salvaguardia, fuera de los supuestos y procedimientos previstos en el Acuerdo de Cartagena.

Se entiende por incumplimiento la conducta del país miembro que sea contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad, por faltar a la ejecución de las obligaciones y compromisos emanados de dicho ordenamiento y contraídos en su condición de miembro de la Comunidad, bien a través de la sanción de normas internas contrarias al orden comunitario, bien mediante la falta de sanción de normas internas destinadas a la observancia del citado ordenamiento, bien por virtud de la realización de cualquier acto u omisión, deliberado o no, que se oponga al ordenamiento en referencia o que dificulte

---

(22) BACIGALUPO, Mariano. “LA JUSTICIA COMUNITARIA. ESTUDIO SISTEMÁTICO Y TEXTOS NORMATIVOS BÁSICOS”. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.

(23) MOREIRA GONZÁLEZ, Carlos. En “DERECHO PROCESAL COMUNITARIO”, dirigido por MARIÑO, Fernando et alii. Tirant Lo Blanch, Valencia (España), 2001.

u obstaculice su aplicación (artículos 23 del Tratado de Creación del Tribunal y 107 de su Estatuto). También cabe considerar omisión la tolerancia de una norma interna incompatible con las obligaciones y compromisos comunitarios.

Las obligaciones y compromisos pueden estar previstos en normas del derecho primario o del derecho secundario, derivar de los principios generales del derecho comunitario o constituirse por la inejecución o la ejecución incorrecta o insuficiente de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

El ejercicio de la acción presupone el agotamiento de una fase previa. Esta fase, disciplinada por el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (24), es de carácter administrativo y está organizada para conseguir el restablecimiento del orden jurídico infringido, a través de la cesación voluntaria en el incumplimiento, por parte del país miembro infractor, de sus obligaciones y compromisos comunitarios.

La Secretaría General de la Comunidad puede iniciar la investigación de oficio, o por reclamación de un país miembro o de una persona natural o jurídica afectada en sus derechos. El Reglamento de Procedimientos Administrativos disciplina los requisitos a cumplir y el procedimiento a seguir cuando media reclamación de parte.

Si la Secretaría General encuentra que los requisitos de la solicitud están cumplidos, o estima, de oficio, a la luz de la información disponible, que el país miembro pudiera estar incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones y compromisos comunitarios, lo pone en conocimiento de la apertura de la investigación y, dentro de los diez días hábiles siguientes a dicha apertura, le envía una nota de observaciones, en la cual identifica el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercancía afectada por el hecho de que se trate y, si fuere el caso, la Resolución que haya calificado el hecho como constitutivo de gravamen o restricción al comercio. Además, le indica un plazo que no debe exceder de sesenta días para que dé contestación a las observaciones formuladas. La nota de observaciones circunscribe de esta manera el objeto del eventual litigio futuro y garantiza el respeto al principio del contradictorio. Por ello, se trata de una formalidad esencial cuya falta puede conducir a

---

(24) Decisión 425 del CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES, del 14 de diciembre de 1997.

la inadmisibilidad de la acción si, a causa de la falta de concreción del hecho constitutivo del presunto incumplimiento, resulta menoscabado el derecho a la defensa del país miembro.

En cuanto al plazo que se fija en la nota de observaciones, la Secretaría General debe fijar uno que sea razonable, es decir, adaptado a las exigencias del caso, de forma que no se menoscabe el propósito del procedimiento administrativo, cual es procurar el cumplimiento voluntario, por parte del país miembro, de sus obligaciones y compromisos comunitarios. Además, la Secretaría tiene potestad discrecional para otorgar las prórrogas que solicite el Estado miembro y que se encuentren autorizadas por el Reglamento, si interpreta que tales prórrogas tienen por objeto poner fin al incumplimiento, y para negarlas si interpreta que su objeto es dilatorio.

En lo que concierne a la presentación de alegatos contra la nota de observaciones por parte del país miembro imputado, se trata de un derecho que debe garantizar la Secretaría General, pero cuyo ejercicio queda a discreción de su titular.

Recibida la respuesta a la nota, o vencido el plazo, la Secretaría General formulará, dentro de los quince días siguientes, un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte del Estado miembro. Sin embargo, si considera que el incumplimiento es flagrante, emitirá el dictamen a la brevedad posible y, a partir de éste, la Secretaría o el país miembro afectado podrán ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad.

Fuera del supuesto de incumplimiento flagrante, si el Estado adopta una actitud renuente, o sus alegatos no desvirtúan el hecho constitutivo del presunto incumplimiento, la Secretaría General dictaminará el incumplimiento en el plazo indicado y, según las circunstancias del caso, podrá conceder al país un nuevo plazo para que le ponga fin. El dictamen deberá ser suficientemente motivado para que el país tome conocimiento preciso de las razones que lo sustentan; y, por respeto al derecho de defensa del país miembro, debe fundarse en las mismas razones básicas que apoyaron la nota de observaciones, toda vez que los motivos de la demanda no deben diferir en lo esencial de los invocados en el procedimiento administrativo previo. Por ello, el dictamen motivado contribuye a precisar el objeto del litigio, ya circunscrito en la nota de observaciones. En efecto, según el Reglamento de Procedimientos Administrativos, la Secretaría General deberá, al igual que en la nota de observaciones, identificar el hecho presuntamente constitutivo del incumpli-

miento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercancía afectada, y los motivos por los cuales considera que el hecho es constitutivo de incumplimiento.

Si, en definitiva, el dictamen es de incumplimiento, y el país miembro persiste en la conducta infractora, la Secretaría deberá ejercer la acción correspondiente ante el Tribunal, El país miembro afectado podrá adherir a la acción.

Ahora bien, si la investigación ha sido iniciada por reclamación de un país miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, y la Secretaría General no emite el dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de la presentación de la reclamación, o si el dictamen que emite no es de incumplimiento, o si, emitido el dictamen de incumplimiento, no ejerce la acción dentro de los sesenta días siguientes, el país miembro o la persona natural o jurídica reclamante podrá ejercerla.

Procede referir asimismo que, en lugar de ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos pueden optar por ejercerla ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con el derecho interno del respectivo Estado miembro.

Y cabe poner de relieve que, a diferencia del régimen europeo, el ejercicio de la acción por incumplimiento, por parte de la Secretaría General de la Comunidad, de persistir el país miembro en el incumplimiento de sus obligaciones, no es potestativo sino obligatorio y, en el caso de que la reclamación haya sido formulada por un país miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, la acción, en defecto de la Secretaría General, podrá ser ejercida, por éstos.

En el orden procesal, la denuncia de violación del derecho a la defensa que haya podido ocurrir en la fase del procedimiento administrativo previo constituye un evento importante, vista la trascendencia de la decisión que declara el incumplimiento de un país miembro, por lo que la efectiva violación de aquel derecho puede conducir a la inadmisibilidad de la acción. En cuanto al mérito de la causa, el Tribunal ejerce un control amplio de todas las circunstancias del caso, sin limitarse a los términos del dictamen motivado. Por lo demás, el actor debe aportar prueba fehaciente de que se ha incurrido en el incumplimiento de la obligación o del compromiso comunitario.

En la acción por incumplimiento, los países miembros son los únicos sujetos provistos de legitimación pasiva. Por tanto, la conducta imputable puede ser consecuencia de la actuación independiente de cualquiera de sus órganos constitucionales, de modo que la ilegalidad puede derivar de actos, omisiones o prácticas legislativas, administrativas o judiciales.

A propósito del incumplimiento que derive de la actuación de los órganos judiciales de un Estado miembro, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho: “*Obsérvese igualmente que la obligación resulta si cabe más incondicional en el caso de que se ventilen ante los Tribunales nacionales asuntos relacionados con la protección de derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario a los particulares, ya que aquéllos deben garantizar su salvaguardia directa, inmediata y efectiva*” (25). Se entiende que el hecho constitutivo del incumplimiento se configuraría cuando el Tribunal del Estado miembro haga caso omiso o infrinja deliberadamente las disposiciones del derecho comunitario, no cuando se trate de la comisión de errores judiciales.

### **La acción se tramita a través del procedimiento común desarrollado en el Estatuto del Tribunal**

Como observa la doctrina, la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva se hace más acuciente en la controversia por incumplimiento, ya que el dictamen de la Secretaría General no es vinculante, el ejercicio de la acción no surte efectos suspensivos y el procedimiento se desenvuelve en plazos relativamente prolongados (26). Así, el Tribunal puede ejercer ampliamente su potestad cautelar, por lo que, a petición de la parte actora, puede ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causa o pudiera causar al demandante o a la subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación. También puede imponer al Estado miembro prestaciones específicas, de hacer o de no hacer, con el objeto de garantizar la ejecución de la sentencia correspondiente.

La medida cautelar se otorga por auto motivado, contra el cual no cabe recurso alguno; su otorgamiento puede ser sometido a la constitución de una fianza y no prejuzga la decisión del Tribunal sobre la cuestión de mérito; la medida puede ser modificada o revocada en cualquier momento, de oficio o a

---

(25) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia en el asunto Johnston, 222/84.

(26) MOREIRA GONZÁLEZ, Carlos: Op. cit.

instancia de parte, si varían las circunstancias; y, de no fijarse un plazo de duración, la medida, como es natural, quedará sin efecto al decidirse la cuestión de mérito (27).

La sentencia de mérito, declarativa del incumplimiento y provista de la autoridad de cosa juzgada, impone al país miembro una obligación indisponible de resultado (28). En efecto, ella obliga al país miembro infractor a adoptar las medidas necesarias para su ejecución en un plazo no mayor de noventa días luego de haber sido notificada. Todos los órganos públicos del país miembro quedan obligados a contribuir al restablecimiento del orden comunitario infringido, por lo que están llamados, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a cooperar de buena fe en la ejecución de la sentencia, sea modificando, derogando o dejando sin aplicación los actos o decisiones internas controvertidas, sea sancionando las que fueren pertinentes, sea asegurando la efectividad de los actos o decisiones comunitarias. Es precisamente la necesidad de asegurar la efectividad del orden comunitario la razón que justifica que el Tribunal encuentre necesario pronunciarse en ocasiones sobre el mérito de las causas en las cuales ya se ha puesto fin al incumplimiento denunciado, visto el interés en establecer la base de la responsabilidad en que el país miembro ha podido incurrir como consecuencia de tal incumplimiento.

La fuerza ejecutiva de la sentencia no puede considerarse menoscabada porque el Tribunal no pueda ejecutarla directamente, toda vez que, como ya se indicó, el Estado miembro infractor tiene el deber de cooperar lealmente en su ejecución.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado sobre el particular que: “corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros, sean éstas las autoridades del Estado o las autoridades de un Estado federado, o cualquier otra autoridad territorial, asegurar el cumplimiento de las disposiciones de derecho comunitario dentro del ámbito de sus respectivas competencias” (29). El Tribunal ha precisado además que esta obligación se extiende a la reparación del daño sufrido por los particulares, sea cual fuere la autoridad que, con arreglo al Derecho del Estado, deba hacerse cargo de dicha reparación por incumplimiento del Derecho Comunitario (30).

---

(27) *Ibídem.*

(28) *Ibídem.*

(29) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia en el asunto Alemania v. comisión, C-8/88.

Pero además, en el ámbito de la Comunidad Andina, se tiene establecido en forma expresa que la sentencia declarativa del incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios ante los tribunales nacionales, bajo la premisa de que el ordenamiento jurídico comunitario andino crea derechos subjetivos en la esfera de los particulares, al lado de los derechos que crea el ordenamiento interno de cada país miembro, y que corresponde al juez nacional otorgar “efecto útil” a los mismos declarando en concreto el monto de los perjuicios que se prueben dentro del proceso interno, obviamente si se dan los supuestos de la relación causal entre la declaratoria de incumplimiento de la normativa comunitaria y el daño que el particular reclama como sufrido por tal incumplimiento, y dado que no se encuentra prevista un recurso mediante el cual en forma directa el particular pueda solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el reconocimiento de los perjuicios que en concreto reclama por la infracción de la normativa comunitaria andina que imputa a un país miembro.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado a este propósito, en el asunto de la Unión de Pequeños Agricultores, que “... los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto” (31). Asimismo, el Tribunal ha indicado que “el acceso a las vías procesales nacionales no podrá hacerse en condiciones menos favorables que para las reclamaciones fundadas en normas internas y tampoco en condiciones tales que hagan prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico comunitario” (32). En sintonía con esta orientación, el Tribunal ha precisado, en el asunto San Giorgio, que es incompatible con el Derecho Comunitario toda modalidad de prueba cuyo efecto sea hacer prácticamente imposible (como la prueba documental negativa o la exclusión de toda prueba que no sea la documental), o excesivamente difícil, la obtención del reembolso de la

---

(30) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia en el asunto Poule, 302/97.

(31) Citada en MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego: “INSTITUCIONES Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA”, tercera edición, Editorial TECNOS, Madrid, 2002.

(32) *Ibidem*.

tasa o la indemnización debida por violación del Derecho Comunitario (33). En definitiva, “Para el TJCE, los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de las normas comunitarias y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales” (34). Por esta razón, en la sentencia sobre el asunto Factortame, el Tribunal afirmó que “... si el juez que conoce el litigio estima que debe conceder medidas provisionales y se opone a ello una norma nacional, entonces debe excluir la aplicación de la norma nacional que le impide conceder medidas provisionales”, ya que “la plena eficacia del Derecho Comunitario se encontraría completamente disminuida si una regla de Derecho nacional pudiese impedir al juez, que conoce un litigio regido por el Derecho Comunitario y que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho Comunitario, acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de su decisión jurisdiccional”(35).

En el caso de que el particular ejerza la acción de reparación, las condiciones de la responsabilidad serían la existencia del daño, la relación de causalidad entre el daño y la conducta de la entidad, y la naturaleza ilegal de ésta(36).

La inexecución de una sentencia de incumplimiento, o su ejecución parcial o tardía, constituye también una violación de las obligaciones comunitarias, y da lugar a la apertura de un procedimiento sancionatorio por desacato. En efecto, si no consta en autos la ejecución de la sentencia por parte del país miembro infractor, el Tribunal tramitará un procedimiento sumario, al final del cual, luego de oír a los países miembros y de verificar el desacato, podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Integración Subregional que beneficien al país miembro renuente. La sanción permanecerá hasta que se constate que el país miembro ha dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia.

Por lo demás, las sentencias que se dictan en las causas por incumplimiento pueden ser recurridas en revisión, a instancia de parte, si el recurso se funda en algún hecho que hubiese podido influir decisivamente en el resulta-

---

(33) *Ibidem.*

(34) *Ibidem.*

(35) *Ibidem.*

(36) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia en el asunto Lütticke v. Comisión, 4/69.

do de la controversia, siempre que tal hecho hubiese sido desconocido por el recurrente en la fecha de la expedición de la sentencia.

El recurso de revisión deberá ser presentado dentro de los noventa días siguientes a la fecha del descubrimiento del hecho, o dentro del año siguiente a la fecha de pronunciamiento de la sentencia.

### **Acción de nulidad**

La acción de nulidad es un medio jurídico establecido por el orden comunitario para garantizar la legalidad de los actos de los órganos de la Comunidad, por la vía del control de su conformidad con las normas comunitarias que les sirven de fundamento.

El objeto de la acción es la declaratoria de nulidad del acto del órgano por ser contrario a Derecho, lo que presupone que se hayan cumplido los requisitos de legitimación, activa y pasiva, que se trate de un acto susceptible de ser demandado por vía de nulidad, y que se haya configurado el motivo de la violación del orden comunitario.

La acción puede ser ejercida contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, contra las Resoluciones de la Secretaría General y contra los Convenios de Complementación Industrial u otros que adopten los Estados miembros entre sí, en el marco del proceso de integración subregional, cuando hayan sido dictadas las Decisiones o Resoluciones, o celebrados los Convenios, con violación de las normas que forman parte del orden comunitario, incluso por desviación de poder (artículo 17 del Tratado). Como puede observarse, los motivos de nulidad cubren todos los supuestos de ilegalidad. Se entiende que el acto recurrible ha de ser obligatorio, es decir, que despliegue efectos obligatorios en la esfera jurídica de sus destinatarios; además, en principio, ha de ser definitivo y no preparatorio, es decir, que recoja la manifestación definitiva de la voluntad del órgano.

La acción puede ser ejercida por cualquier país miembro, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia no haya sido aprobado con su voto afirmativo, así como por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General. Finalmente, la acción puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. El Tribunal de la Comunidad ha precisado que, a diferencia del

interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero.

La acción está sometida a un plazo de caducidad, toda vez que debe ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia del acto que se controvierte; sin embargo, si en un litigio ante un Tribunal Nacional se cuestiona, ya cumplido el plazo de caducidad, la validez de una Decisión, Resolución o Convenio relativo al citado litigio, y se solicita que tal norma o acto sea dejado sin aplicación, el juez deberá consultar sobre su legalidad al Tribunal de Justicia y suspender el proceso hasta que éste se pronuncie. En este caso, el Tribunal notificará la consulta a los países miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión de la Comunidad Andina y a la Secretaría General, y éstos dispondrán de un plazo de treinta días para presentar alegatos u observaciones escritas, luego de lo cual el órgano jurisdiccional se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad de la norma o del acto en cuestión.

La acción de nulidad se tramita por el procedimiento común establecido en el Estatuto del Tribunal, En el curso de dicho procedimiento, el Tribunal, a petición de la parte actora en la demanda, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá dictar medidas cautelares y, en particular, ordenar la suspensión provisional de la ejecución del acto cuya nulidad se denuncia. Si el acto es de efectos generales, bastará que el Tribunal considere *prima facie* la existencia del *fumus boni iuris*. Y si el acto es de efectos particulares, será necesario además que haya prueba de los perjuicios irreparables o de difícil reparación que la ejecución del acto cause o pudiera causar al actor.

En caso de exigirse afianzamiento, sea caución, garantía de empresa de seguros o aval bancario, el mismo tendrá por objeto garantizar la reparación de los perjuicios que, eventualmente, cause la suspensión del acto, si la sentencia desestima la acción.

El Tribunal podrá declarar la nulidad total o parcial del acto demandado, fijará los efectos de la sentencia en el tiempo y señalará plazo para que el órgano autor del acto adopte las disposiciones de ejecución de sentencia que fueren necesarias. El acto anulado no podrá ser reproducido por quien lo dictó, a menos que, después de la sentencia, hayan desaparecido los fundamentos de la nulidad.

El pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de la acción de nulidad no impide que, a la luz de motivos distintos, se controvierta de nuevo sobre la legalidad del acto, por ejemplo, a través de la excepción de ilegalidad. Si, en cambio, el Tribunal declara con lugar la acción, el acto queda retirado del ordenamiento comunitario y la sentencia surtirá efectos erga omnes.

### **Recurso por omisión o inactividad**

Cuando lo que se denuncia no es la ilegalidad del acto del órgano comunitario sino el incumplimiento de su obligación de dictarlo, hay otro medio a través del cual el Tribunal de la Comunidad puede hacer cesar el incumplimiento

En efecto, el control jurisdiccional de la legalidad de la conducta de los órganos del Sistema sería incompleto si no existiese un medio procesal destinado a controlar la legalidad de sus omisiones contrarias al ordenamiento jurídico de la Comunidad. Es el caso del recurso por omisión o inactividad, cuyo objeto es poner fin a la omisión de los órganos del Sistema cuando la ejecución de la actividad constituya una obligación impuesta en forma expresa por el ordenamiento jurídico comunitario. De constatarse la omisión ilegal de la actividad, lo que corresponde es compeler al órgano para que la ejecute.

Sin embargo, el ejercicio del recurso está supeditado al cumplimiento de un requisito de admisibilidad: que primero se requiera del órgano, por escrito, el cumplimiento de la obligación, es decir, la ejecución de la actividad omitida. No se indica plazo para formular el requerimiento, por lo que la oportunidad queda a discreción del interesado. Si dentro de los treinta días siguientes no se accede al requerimiento, el sujeto legitimado podrá ejercer el recurso ante el Tribunal de la Comunidad (artículos 37 del Tratado y 131 del Estatuto). Cabe entender que este plazo deberá contarse desde la fecha en que el órgano reciba el requerimiento. Cabe entender igualmente que el recurso será inadmisibile si se constata que el órgano había dictado ya la providencia solicitada.

El requerimiento podrá ser formulado y el recurso podrá ser ejercido contra la omisión o la inactividad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión o de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por parte de estos mismos órganos, o de cualquiera de los países miembros, o de personas naturales o jurídicas afectadas por el incumplimiento en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos (artículos 37 y 19

del Tratado, y 129 y 130 del Estatuto). Se entiende que los citados órganos del Sistema se encuentran legitimados sin necesidad de demostrar la existencia y afectación de un interés específico. Y el recurso podrá estar dirigido contra la falta de pronunciamiento de disposiciones de carácter general o de carácter particular.

Dentro de los treinta días siguientes a la admisión del recurso, el Tribunal, sobre la base de los antecedentes del caso, de la documentación técnica existente y de las explicaciones del órgano imputado, dictará la providencia correspondiente. Si en ella declara la omisión o la inactividad, el Tribunal deberá precisar la forma, modalidad y plazo del cumplimiento de la obligación (artículos 37 del Tratado y 133 y 134 del Estatuto).

### **Acción laboral**

El Tratado de Creación atribuye también al Tribunal competencia para conocer de las controversias laborales que se susciten en el seno de los órganos e instituciones del Sistema (artículo 40). El Estatuto del Tribunal precisa que se trata de las controversias que, originadas en una relación de trabajo, se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable (artículo 136).

Según el Estatuto en referencia, se encuentran legitimados para ejercer la acción laboral, a los fines de reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del Sistema (artículo 137). Sin embargo, el ejercicio de la acción se encuentra supeditado al requisito indispensable de que el actor pruebe haber formulado petición directa a su empleador sobre los mismos derechos laborales que reclama en la sede judicial, y no haber obtenido respuesta dentro de los treinta días siguientes, o haber obtenido una que le fue total o parcialmente desfavorable. Además, la acción prescribe a los tres años desde el hecho o acto causante de la reclamación (artículo 139).

A la controversia laboral se aplica el procedimiento común disciplinado en el Estatuto del Tribunal, salvo que, luego de la contestación de la demanda, el Tribunal, si estima que los derechos envueltos en la controversia son susceptibles de transacción, convocará a las partes a una audiencia de conciliación y, caso de no lograrse ésta, propondrá las fórmulas de acuerdo que estime justas. También las partes podrán, en cualquier estado del proce-

so, ponerse de acuerdo y solicitar al Tribunal que convoque una audiencia de conciliación (artículo 138).

En la sentencia, el Tribunal deberá aplicar los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, así como los principios comunes a los Estados miembros.

### **Potestad arbitral**

Finalmente, el Tratado de Creación atribuye competencia al Tribunal para resolver, por vía arbitral, las controversias que los particulares acuerden someter a su conocimiento, a causa de la interpretación o aplicación de contratos de carácter privado que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (artículo 38).

Asimismo, el Tribunal tiene competencia para resolver, por vía arbitral, las controversias que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema, o entre éstos y terceros, a causa de la interpretación o aplicación de contratos, convenios o acuerdos que se celebren entre ellos, cuando las partes así lo acuerden (artículo 38).

El laudo podrá ser de derecho o de equidad, según lo acuerden las partes, será obligatorio e inapelable, y constituirá título legal suficiente para solicitar su ejecución en cada Estado miembro, de conformidad con las disposiciones de la ley interna aplicable (artículo 38).





## TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA (\*)

Por Francisco Miró Quesada C.

Mi trayectoria filosófica ha estado motivada, desde el principio, por dos intereses permanentes: la filosofía del conocimiento y la filosofía práctica. Ambos intereses han sido, para mí, igualmente importantes. Pero debido a las dificultades que presentaba (por lo menos para mí) el estudio de la lógica, la matemática, la filosofía matemática, la física y la filosofía de la física, he dedicado más tiempo a la investigación de la filosofía teórica que el que he dedicado a la práctica. Sin embargo, esta primacía, puramente temporal, nunca amenguó mi interés por la filosofía praxeológica. Este interés se ha manifestado en los textos que he escrito sobre ética, filosofía política y filosofía del derecho. Y también en la cátedra, pues he sido profesor de filosofía del derecho durante más de una década.

Cuando el lector no familiarizado con los métodos formales, se adentre en la lectura del presente texto, verá que estamos empleando, en numerosas partes, un lenguaje simbólico. Esto es cierto y se debe a una sola razón: que aplicar métodos simbólicos para analizar conceptos y derivar conclusiones, permite analizar los conceptos de manera mucho más ceñida que cuando se utiliza el lenguaje común o conversacional. Debido a que estoy familiarizado con el manejo de los métodos formales, he podido formalizar una serie de temas relativos a la hermenéutica jurídica, lo que me ha permitido llegar a conclusiones que no habrían sido posibles si sólo hubiera utilizado el lenguaje común o conversacional. Sin embargo, los esfuerzos que he hecho para rigORIZAR formalmente los diferentes métodos hermenéuticos, me condujeron a un resultado conocido por la gran mayoría de los juristas: que los métodos lógico-formales tienen límites insobrepasables. Esto no es ninguna novedad. Pero hay una gran diferencia entre afirmar que un método no puede reducirse

---

(\*) Esta ponencia fue leída el 5 de mayo y discutida el 26 de mayo de 1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú.

a un proceso formal; deductivo, y probar de manera convincente que, efectivamente, no lo es. Como veremos en lo que sigue, los métodos de la interpretación jurídica no son totalmente encapsulables dentro de los marcos del rigor formal-deductivo. Más también veremos que las técnicas de formalización pueden aplicarse parcialmente, pero con éxito, para analizar conceptos claves de la metodología hermenéutica (como sucede, por ejemplo, con la analogía).

Como digo en el prólogo, el público al que está dedicado el presente libro está formado por personas que, salvo pocas excepciones, no están familiarizadas con el manejo de las ciencias formales. Y este hecho me ha obligado, hasta donde he podido hacerlo, a exponer los conceptos básicos utilizando un lenguaje que sea asequible a cualquier lector de nivel universitario. Para, ello he desarrollado la exposición de la siguiente manera: 1) utilizar simbolismos sólo cuando sea inevitable hacerlo; 2) explicar cuidadosamente el significado de los símbolos empleados para rigorizar la exposición (cosa que ha alargado bastante el texto); 3) introducir los simbolismos de manera progresiva, de modo que la exposición se vaya rigorizando poco a poco conforme se va avanzando en la lectura del texto. Las aplicaciones formales que comienzan en el Capítulo II, son muy elementales y pueden ser comprendidas por cualquier persona que haya cursado la universidad, pero que no tiene conocimiento de las disciplinas formales. En el capítulo III, se utilizan aspectos muy simples de la teoría de los conjuntos y de la teoría de las relaciones, En los capítulos siguientes el nivel sigue siendo más o menos el mismo, aunque se empuja un poco en los dos últimos. Pero cada vez que utilizo un nuevo simbolismo, explico su significado en el texto principal, o en alguna nota al margen. 4) para facilitar la lectura del texto he escrito un largo Apéndice en el que trato de exponer de manera pedagógica y concisa los aspectos de la lógica que utilizo para describir o interpretar normas, y para hacer deducciones normativas. Comienzo explicando la teoría de las tablas de verdad, que es la parte más elemental de la lógica clásica, tan elemental, que puede ser comprendida por un estudiante de secundaria (algunos textos de filosofía que se utilizan ente secundaria, como por ejemplo el excelente libro de Luis Piscoya, incluyen esta teoría). Paso, luego, a explicar las partes de la lógica clásica de primer orden que voy a necesitar para avanzar en el proceso de formalización del lenguaje jurídico. Hecho esto, desarrollo un lenguaje que llamo Lj que será utilizado para formalizar la manera como se razona cuando se hace una interpretación normativa. A partir de este momento, la exposición se va haciendo cada vez más ceñida, pero siempre avanza de manera gradual.

Hasta que, en la última parte del apéndice, hago una formalización rigurosa de la manera como se razona cuando se aplican el a contrario sensu, la interpretación extensiva y la interpretación analógica. Desgraciadamente, la interpretación contextual (que llamé epifásica por razones que serán expuestas continuación) es sumamente difícil de formalizar. Por eso, nos hemos limitado a presentar un breve esquema de cómo podría formalizarse este tipo de interpretación, para dar al lector una idea de cómo podría vigorizarse (1).

Debido a la aplicación de métodos analíticos, algunas partes de la exposición se diferencian de la manera tradicional de tratar ciertos temas como la relación entre la interpretación extensiva y la interpretación analógica. El análisis de ambos métodos interpretativos, me ha permitido ver que no son sino dos aspectos de un método más general que llamo homología. Sin embargo, muchas de las tesis hermenéuticas que desarrollo coinciden, en lo esencial, con las tradicionales. Para no citar sino las más obvias, enumero las siguientes: 1) la lógica como método interpretativo no puede aplicarse sino en forma limitada (2), 2) la extensión y la analogía no son métodos lógicos; 3) el juez puede cambiar el sentido de una norma por razones múltiples, algunas de ellas por razón de temperamento, otras por razones metafísicas, religiosas o, en general, debido a su concepción del mundo (*Weltanschauung*); 4) hay problemas interpretativos que no tienen solución debido a la mutabilidad del contexto, de manera que, en último término, el intérprete, y especialmente el juez, tienen que proceder según su arbitrio, 5) estamos de acuerdo con la gran mayoría de los filósofos del derecho, en que las normas tienen una es-

---

(1) Aunque hay algunos trabajos muy buenos como el de Rourley y Goddar, y el de Martín, sobre interpretación contextual, hasta el momento no he podido encontrar uno sobre este tipo de interpretación aplicado al derecho.

(2) Esta afirmación da la impresión de que estoy sosteniendo una tesis contraria a la metodología formalizante que se encuentra en muchas partes del texto. Pero, en ninguna parte de esta introducción he dicho que el método lógico de interpretación jurídica es el más importante. Lo que si he dicho es que la formalización metodológica es muy importante pues permite presentar las tesis que se afirman de manera más precisa que en los textos que se desarrollan utilizando sólo el lenguaje natural. Formalizar un texto (en nuestro caso de hermenéutica jurídica) no significa de ninguna manera, que el texto formalizado corresponda a una interpretación realizada por medio de la deducción lógica. Por ejemplo, la interpretación analógica no puede reducirse a un razonamiento puramente deductivo y, sin embargo, se puede formalizar muy bien. No sólo esto, sino que además, dicha formalización permite calar más hondo en su estructura interpretativa que las concepciones tradicionales.

estructura implicativa, cuyo antecedente es proposicional (descripción de hechos que son) y cuyo consecuente es prescriptivo (imposición de hechos que deben ser).

Como puede verse en lo que sigue, aunque en algunos aspectos de la hermenéutica jurídica me alejo bastante de la exposición tradicional, por ejemplo, en la utilización de conjuntos para describir conductas y en el hecho de haber establecido la diferencia entre la extensión y la analogía de manera teorematizada, en la mayor parte del texto, el lector se sentirá en terreno conocido. Porque las innovaciones señaladas son sólo de técnica expositiva, no de fondo. Pero hay dos temas que si son de fondo y que, hasta donde llega mi información, aun no han sido abordados: la exposición de las razones por las cuales hay varios métodos interpretativos y la aplicación del método reductivo, es decir, la tesis de que los trece métodos de interpretación que enumero y analizo en el texto pueden reducirse a sólo tres. Como en estos temas no he podido consultar bibliografía porque creo que, si no he descubierto el mediterráneo, dicha bibliografía no existe, presento mis excusas al benévolo lector por todos los errores que habrá de encontrar y le pido, por ello, su indulgencia.

## Capítulo I

### Interpretación y sistema

#### 1.1. Etapas

Sobre la interpretación jurídica se han escrito innumerables textos, tantos que es imposible dominar toda la literatura existente. Pero, en medio de este maremagnum hermenéutico se distinguen tres etapas bien definidas (3): 1) el movimiento de la libre interpretación, 2) el inicio de la teoría sistemática de la interpretación, desarrollada de manera preanalítica, 3) la teoría ana-

---

(3) La teoría moderna de la interpretación jurídica, comienza en el último tercio del siglo XIX, en Alemania, con los trabajos de Bülow y Ehrlich, que inician el movimiento de la libre Interpretación. Pero este movimiento declina rápidamente en el país de origen. De Alemania pasó a Francia, y llega a su máxima expresión cuando Gény publica en 1998 su primer gran libro sobre el método de la libre interpretación. La libre interpretación se ha impuesto en la hermenéutica jurídica de los países cuyo derecho es codicilar y proviene del derecho romano, como Alemania, Francia, Italia y España y ha tenido influencia, incluso, hasta en el derecho anglosajón. Antes de que la libre inter-

lítica de la interpretación. Cada una de estas etapas tiene importantes figuras, pero las obras de Gény, de Betti, y de Alchourrón y Bulygin, son paradigmáticas. Estudiando los aportes de estos grandes exponentes de la teoría hermenéutico-jurídica, se puede tener una idea adecuada de la manera como ha evolucionado la teoría de la interpretación en los últimos cien años (4). Gény escribe dos libros vertebrales cuya influencia fue decisiva en el desarrollo y difusión de la interpretación libre: *Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo*, apareció en 1898, y “*Ciencia y Técnica en el Derecho Privado*”(5). Con su obra Gény termina para siempre con la concepción exegética de la interpretación, que imperaba en Francia y en los demás países cuyos sistemas legales se inspiraban en el derecho romano.

Como es de suponer, el carácter pionero de su obra adolece limitaciones que eran imposibles de sobrepasar en su época. Por ejemplo, su concepción de la interpretación analógica es demasiado amplia y demasiado optimista, pues considera que este tipo de interpretación es riguroso y seguro. No puede decirse, por eso, que desde nuestra perspectiva actual, su obra sea realmente sistemática (6).

La sistematización de la teoría de la interpretación jurídica, comienzo a intentarse hacia la década de los cincuenta. Numerosos son los jusfilósofos que logran desarrollarla. Entre ellos figura, en lugar de excepción, la obra de

---

pretación desplazara definitivamente a la escuela de la exégesis, hubo grandes aportes a la teoría de la interpretación jurídica, como la obra de Savigny y de Ihering. En verdad, la teoría de la interpretación es tan antigua como el derecho mismo. Sus primeras manifestaciones se dan en Grecia pero es en Roma donde alcanza las cumbres que nos han sido transmitidas a través de los siglos.

(4) Alchourrón y Bulygin son dos autores argentinos que escribieron juntos muchos artículos y ponencias de filosofía del derecho, e hicieron breves pero fundamentales aportes a la teoría de la hermenéutica jurídica.

(5) Para la presente exposición nos atenemos sólo al primero de los libros citados, publicado en Francia en 1898, y traducido al español en 1925.

(6) Gény considera que no es posible interpretar las normas jurídicas si no se utilizan principios que excedan el alcance de los textos. Se trata de una visión pionera, que no fue la primera en el tiempo, pero que contribuyó de manera decisiva a superar el anquilosado método exegético que primaba en los países europeos continentales. Según afirma Gény la analogía permite deducir un complejo de principios que pueden ser aplicados a las normas para aclarar su sentido. (Geny, 25).

Betti. Muchos son sus libros y artículos sobre el tema, pero su obra más cuajada es la Teoría de la Interpretación Jurídica, publicada en 1955. En ella se encuentran desarrollos teóricos, bien fundamentados, de diversos tipos de interpretación, como la analogía y la extensión (que, según nos dice Betti con acierto, no pueden distinguirse con precisión, Betti, 71, p. 162), interpretación auténtica, la interpretación exegética tanto en el derecho privado como en el público y en lo administrativo. La obra de Betti considerada desde la perspectiva actual no es sistemática sino a medias. Pero en su época, si lo fue. Y es hacerle justicia considerarla como un ejemplo de teoría sistemática comparada con las teorías interpretativas de la época.

Sin embargo, aunque los razonamientos y los análisis que, en muchos de sus textos, son profundos, su obra tiene una doble limitación: 1) Betti no estaba informado sobre las técnicas de análisis conceptual basadas en el manejo de los lenguajes simbólicos que, en aquella época, ya habían desarrollado un buen trecho. Por eso sus textos son, con frecuencia, barrocos, por no decir engorrosos. Este defecto de estilo se debe a que, en muchas partes, bucea hondo en la problemática hermenéutica y, para comunicar lo que encuentra tiene que servirse del lenguaje natural, más algunos términos técnicos usuales en el lenguaje jurídico. Si hubiera conocido los recursos analíticos disponibles en su época su lenguaje habría sido más preciso, y sus libros más breves. 2) La segunda limitación de su obra es que carece de la propiedad fundamental de toda teoría sistemática, la reductividad. Esta propiedad que se manifiesta de manera precisa en las disciplinas formales y en la física moderna, es fundamental. La propiedad reductiva de la hermenéutica jurídica, como veremos a continuación, es muy diferente de la que se produce en las mencionadas disciplinas. Empero, en todo proceso de reducción, hay una característica común: la posibilidad de reemplazar una oración de un tipo determinado por otra oración de tipo diferente. Probar que un método hermenéutico puede reducirse a otro puede ser, en algunos casos, un proceso sumamente complejo. Pero como esperamos mostrar, en principio, siempre es posible reemplazar un tipo de interpretación, por otro que diga lo mismo pero que sea irreductible. Como veremos a continuación, hay muchos métodos de interpretación jurídica, pero todos ellos pueden reducirse a solo tres. La tercera época de la hermenéutica jurídica comienza hacia la década de los setenta con aportes de jusfilósofos de diferentes países, que manejan bien las modernas técnicas analíticas. La mayor parte de estos aportes son artículos en revistas especializadas, o ponencias presentadas en las secciones de filosofía jurídica a lo largo de congresos nacionales o internacionales. Pero su máxima expresión teórica se encuentra en el libro *Normative Systems*, publicado en 1970 por los filósofos argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. En este libro

se desarrolla, por primera vez, el concepto de sistema normativo. En aquellos años, la teoría de los sistemas científicos (metamatemática, metateoría, teoría de la confirmación, etc.) había llegado a niveles extraordinarios de profundidad y rigor. Pero) no existía un concepto claro de lo que era un sistema jurídico. El libro de los filósofos argentinos marca época. Aunque el problema de la interpretación no es el tema central del libro, hay varias partes dedicadas a ella, con un rigor formal impecable. En un libro posterior, *Análisis Lógico y Derecho*, publicado en 1991, que es una recopilación de artículos y ponencias, Alchourrón analiza de manera magistral, los argumentos jurídicos a fortiori y a pari.

El presente libro ha sido escrito utilizando en buena parte, los métodos de la filosofía analítica. Aunque puede ser leído sin tener conocimientos de la moderna metodología analítica, no nos ha quedado más remedio en algunas secciones, que utilizar métodos lógicos y matemáticos. Pero al respecto debemos dejar sentado, con toda claridad, lo siguiente: 1) los métodos formales que utilizamos son sumamente elementales; 2) no los usamos, de ninguna manera, por el prurito de demostrar que estamos bien informados sobre dichos métodos. Los aplicamos porque su manejo permite calar más hondo que los métodos tradicionales, en el análisis de los conceptos y en las relaciones que pueden establecerse entre ellos; 3) las demostraciones que hacemos a lo largo del texto (salvo en las partes finales del apéndice) no son rigurosas “strictu sensu”. Si el lector es un jusfilósofo, un jurista, un magistrado, un abogado o un estudiante de derecho, nuestro fin es que pueda entender con soltura lo que lee. Por eso, nos hemos esforzado en escribir un texto autocontenido para que el lector, en caso de que no entienda el texto que está leyendo, pueda recurrir al apéndice que hemos escrito en la última parte del libro. La exposición en el apéndice comienza explicando los conceptos más elementales de la lógica clásica y va ascendiendo progresivamente hasta que culmina con ejemplos de deducción jurídica stricto sensu.

## **1.2. Clasificación**

A continuación presentamos diversos tipos de interpretación que se mencionan en los libros de filosofía del derecho. En algunos textos, se encuentran determinados tipos, otros textos se refieren a tipos diferentes. En ninguno hemos encontrado todos los tipos que enumeramos a continuación.

1. Interpretación literal
2. Interpretación auténtica
3. Interpretación lógica

4. Interpretación exegetica
5. Interpretación analógica
6. Interpretación extensiva
7. Interpretación estricta
8. Interpretación histórica
9. Interpretación social
10. Interpretación sistemática
11. Interpretación libre
12. Interpretación pragmatista
13. Interpretación retoricista

Hay posiblemente, otros tipos de interpretación, pero creemos que los expuestos constituyen un buen punto de partida.

### **1.3. Sistematización**

Debido a que junto con el concepto de justicia, el concepto de interpretación es el más importante en la teoría y la práctica del derecho, creemos que se debe elaborar una teoría de la interpretación jurídica que cumpla las siguientes condiciones:

1. Aclarar por qué es imposible aplicar una norma jurídica, sin acudir a algún tipo de interpretación.
2. Partiendo de esta imposibilidad, encontrar de qué manera ella influye en el origen de los diferentes tipos de interpretación jurídica.
3. Una vez establecidos los diferentes tipos de hermenéutica jurídica, investigar si existen algunos de ellos a los que se puedan reducir todos los demás.

Pensamos que la imprescindibilidad de la interpretación jurídica se debe a cuatro razones:

- 1.3.1. Logicidad (antifasis, deducción normativa)
- 1.3.2. Metábasis (rebasamiento de todo sistema, tanto proposicional como normativo, por la experiencia sensorial y conceptual)
- 1.3.3. Empiricidad (origen empírico de la gran mayoría de los conceptos jurídicos).

### 1.3.4. Polisemia (multivocidad de todo lenguaje natural).

Es posible que haya otros métodos de interpretación pero, con los expuestos, tenemos ya un buen punto de partida.

## 1.4. Análisis preliminar de las anteriores razones.

### 1.4.1. Logicidad

Una causa muy frecuente de problema hermenéutico es contradicción normativa (antítesis nómica). Así, si en un código se encuentran dos normas contradictorias es inevitable eliminar una de ellas. Porque las normas jurídicas se crean para encauzar el comportamiento de personas reales en un lugar y una época determinada, Y un ser humano no puede realizar dos acciones obligatorias y contradictorias al mismo tiempo Tiene, inevitablemente que elegir. Pero si quiere estar seguro de que su elección es la correcta tiene, muchas veces, que interpretar ambas normas. Y para hacerlo debe recurrir a una serie de procedimientos, entre los cuales se encuentran principios lógicos con sus respectivas reglas de inferencia. Estos principios y reglas no sólo se encuentran cuando se produce una contradicción normativa sino, también, cuando se trata de establecer las consecuencias que se derivan de una o más normas. O sea, cuando se parte de premisas normativas y se deducen una o más consecuencias que se derivan de ellas.

En la práctica del derecho se utilizan, de manera intuitiva, una serie de principios lógicos y de reglas deductivas. El magistrado, el jurista, el abogado no pueden dar un paso, sin efectuar deducciones, Pero las hacen casi sin darse cuenta. La aplicación más explícita de la lógica se produce cuando se encuentra una contradicción. Pero, como veremos a continuación, además de tener que interpretar dos o más normas para eliminar una contradicción, se aplican derivaciones silogísticas y otras que, muchas veces son muy diferentes del silogismo.

### 1.4.2. Metábasis

El rebasamiento de la experiencia con respecto a cualquier sistema conceptual es un lugar común en los libros de filosofía. Hoy día no hay ningún filósofo que sostenga la tesis de que un sistema conceptual puede abarcar la totalidad de la experiencia y, menos aún, de la realidad (la realidad física, trasciende la experiencia sensible). Toda teoría es rebasada por la experiencia. Como dice Goethe, en su inmortal tragedia Fausto:

Mefistófeles: Gris, querido amigo, es toda teoría, y verde es el árbol dorado de la vida.

El rebasamiento es una limitación universal de los sistemas conceptuales. No sólo se da en relación a los sistemas empíricos sino, incluso, se presenta en las ciencias formales. El famoso teorema de incompleción de Gödel, no es sino la expresión matemática del hecho fundamental: la experiencia rebasa la teoría.

El rebasamiento se conoce desde los inicios de la filosofía occidental e, incluso, de las filosofías no occidentales, como la china y la hindú. No sería exagerado decir que toda la historia de la filosofía y de la ciencia consiste en la denodada lucha de la inteligencia humana por superar el rebasamiento de sus sistemas conceptuales.

### **1.4.3. Empiricidad (conceptuación empírica)**

Un concepto es empírico cuando su comprensión (también llamada “comprehensión”, “notación” o “intensión” (con s) se ha establecido mediante la abstracción sensorial. La manera cómo se produce este tipo de abstracción es uno de los problemas clásicos de la filosofía del conocimiento. Más no necesitamos exponer ni criticar las diferentes soluciones, actualmente existentes, para fundamentar las tesis que exponemos a continuación. La comprensión de un concepto o de un término está constituida por el conjunto de atributos llamados “rasgos característicos o “rasgos distintivos”, que tienen los objetos a los que dicho concepto se refiere (7). Un arduo problema se presenta cuando se procede a determinar cuantos rasgos distintivos debe tener el concepto de un objeto para poder identificarlo, entre otros objetos diferentes. En principio, puede ser uno sólo, pero puede darse el caso de que la intención esté constituida por un conjunto inmenso de rasgos característicos, La extensión de un concepto  $c$  es el conjunto de objetos que poseen los atributos que constituyen la comprensión de (8.c). La comprensión y la extensión de un concepto  $c$ , son cualidad complementarias.

---

(7) El término “atributo” se aplica tanto a las propiedades de los objetos como a las relaciones de los objetos entre sí. Por ejemplo, la frase “se atribuye a Pedro, ser el hermano de José”, expresa una relación binaria de fraternidad. Empleando “atributo” en el sentido indicado, se evita tener que distinguir constantemente entre propiedades y relaciones.

Es una experiencia común el hecho de que todo concepto presenta dos aspectos constitutivos: un núcleo de nitidez y un margen de borrosidad. Por ejemplo, si queremos aplicar el concepto de “silla” para denotar un objeto determinado, encontramos muchísimos objetos que, sin la menor duda posible, son sillas. Pero también encontramos no pocos que no sabemos bien si son o no son sillas. Las variaciones en el número de patas, del largo y ancho del respaldar, nos pueden poner en apuros. Una silla con tres patas y un respaldar pequeño, puede parecer un taburete. Conforme el respaldar se va haciendo más pequeño, el objeto se va acercando más y más al taburete. Hasta que llega un momento en que es imposible decir qué es, si una silla o un taburete. En el primer caso, el objeto pertenece a la extensión determinada por el núcleo de nitidez, en el segundo caso el objeto pertenece al margen de borrosidad. La relación existente entre el núcleo y el margen es en muchos casos, sumamente complicada. Su análisis exige la utilización de un conjunto refinado de conceptos y de procedimientos lógicos. Y, en muchos casos, es imposible fijarlo con precisión utilizando conceptos epistemológicos tradicionales. Una de las maneras de hacer frente al problema, es utilizando una lógica borrosa o, las maneras de hacer frente al problema, es utilizando una lógica borrosa o, como también se le llama “difusa” (fuzzi logic, ver el apéndice). Pero explicar en que consiste esta lógica requiere una sofisticación matemática que sobrepasa el nivel teórico de la presente exposición. En el apéndice exponemos, de manera muy elemental, los rudimentos de dicha lógica.

Para situarnos en el campo del derecho, consideremos los artículos 43 y 44 del Código Civil Peruano del 84, en adelante CCP. El primero se refiere a la incapacidad absoluta y el segundo a la incapacidad relativa. El inc. 2 del

---

(8) Debido a la importancia de la comprensión y la extensión en la constitución del conocimiento, no está demás agregar unas cuantas palabras aclaratorias. Entre la comprensión de un concepto y su extensión existe una relación inversa. Así, cuando la extensión de un concepto  $c$  está incluida en la extensión del concepto  $c'$ , la comprensión de  $c'$  está incluida en la de  $c$ . Por ejemplo, la extensión del término “peruano” está incluida en la extensión del término “latinoamericano”, pero la comprensión de “peruano” incluye la comprensión de “latinoamericano”. Si  $x$  es peruano,  $x$  es latinoamericano, pero se puede ser latinoamericano sin ser peruano. Recíprocamente, los atributos que debe tener una persona para ser peruana, incluyen los atributos que debe tener para ser latinoamericana. En efecto, el rasgo distintivo de ser latinoamericano está incluido en el conjunto de rasgos distintivos que caracterizan el ser peruano.

art. 43, nos dice: “Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”, Y el inc. 6 del art. 44 reza: “Los ebrios habituales”.

Es evidente que las expresiones atributivas “privado de discernimiento” y “ebrio habitual” son conceptos empíricos. Hay casos que no presentan ninguna duda pues pertenecen al núcleo de nitidez de dichos conceptos. Una expresión atributiva corresponde a un término compuesto, integrado por un concepto de base y un concepto calificador que puede ser adjetival y/o adverbial. De manera que a toda expresión atributiva corresponde un concepto. Así, hay personas que, con toda seguridad, están privadas de discernimiento (por ejemplo, los esquizofrénicos graves) y, también, hay personas que son ebrios habituales (por ejemplo, los “borrachines de cantina”). Más hay casos en que es sumamente difícil, si no imposibles saber si una persona está o no privada de discernimiento, o si es o no un ebrio consuetudinario. Esto significa una enorme responsabilidad para el juez. De su decisión depende, tal vez, la ruina de una persona honorable. Y la interpretación de un artículo del Código Penal puede conducir al cadalso a un inocente (observemos la estrecha imbricación que existe entre el derecho y la moral y, en consecuencia, entre el derecho y la filosofía).

#### 1.4.4. Polisemia

La polisemia es una característica de todo lenguaje: cualquier expresión lingüística es susceptible de tener varias significaciones. Esta variedad se puede presentar tanto en los lenguajes naturales como en los formales. Más para la presente exposición sólo nos interesan los primeros (9). La polisemia se puede presentar debido a los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos del lenguaje utilizado (10). Los aspectos pragmáticos llamados, también “contextuales”, consisten en la manera como los sujetos que comunican

---

(9) La polisemia en los lenguajes formales se encuentra en mucho menor proporción que en los lenguajes naturales. Sin embargo se pueden encontrar casos interesantes de polisemia. Por ejemplo, el término compuesto conjunto infinito. Para un intuicionista dicho término carece de significado y, en consecuencia, es ininteligible. Para un formalista, aunque reconoce que su significado es vago, considera que su uso es tan útil para fundamentar conceptos claves del corpus mathematicum, que es lícito utilizarlo cada vez que sea conveniente. Para un platónico, en cambio, se trata de un término cuya significación es clarísima.

(10) En la lingüística filosófica se llama “pragmática” a la utilización de un lenguaje con intención comunicativa. La posibilidad de comunicación de

entre sí, se relacionan con el contexto en que están situados. Más adelante volveremos sobre este punto que es fundamental. Como veremos, es realmente difícil analizar las sutiles maneras como las significaciones oracionales dependen de sus respectivos contextos.

### 1.5. Los tres métodos fundamentales de la hermenéutica jurídica

Los tres métodos fundamentales de la interpretación jurídica, a los que, como esperamos mostrar, se reducen todos los que hemos mencionado, son: el deductivo o lógico, que se utiliza para resolver los problemas derivados de la antifasis (contradicción normativa), y para determinar el significado de una o más normas, de manera deductiva. La homología, que comprende las interpretaciones analógica y extensiva, que se aplican para resolver los problemas generados por la metátesis, es decir, por las lagunas normativas. Y la epítesis, que comprende las interpretaciones sintáctica, semántica y contextual, que se aplica para resolver los problemas derivados de la empiricidad conceptual y de la polisemia (11). Las aplicaciones interpretativas en la práctica jurídica, rara vez se emplean solos, En una aplicación hermenéutica, de

---

un lenguaje L no sólo reside en las propiedades de L sino en que, a la vez que se emplea L o, incluso, sin emplearlo, la persona que quiere comunicarse con otra u otras recurre a la mímica o, de manera general, hace gestos que, de acuerdo con el contexto en que están situados quienes se están comunicando entre sí, pueden tener un fuerte impacto comunicativo, pues son la única manera de expresar determinados estados de ánimo. Hay, así, una interpretación de las expresiones, lingüísticas o no lingüísticas, recurriendo al contexto en que están situados quienes están comunicando entre sí. Debido a que la palabra “pragmática” tiene un sentido técnico en el lenguaje jurídico, para evitar posibles confusiones, preferimos denominar “contextual” a este tipo de interpretación,

(11) Llamamos “epítesis” a este tipo de metodología hermenéutica, porque dicha palabra vocablo griego (επιφασισ) que quiere decir, entre otras cosas, acción de tornarse visible podría pensarse que se trata de un término supernumerario pues la epítesis no es sino aplicación del método lingüístico. Pero la expresión atributiva “método lingüístico” demasiado general. En último término, todo depende del lenguaje que utilizamos. En cambio el sustantivo “epítesis” y su adjetivación “epifásico”, hecha la convención lingüística, reducen a un tipo definido de interpretación, la que se hace en la práctica del derecho.

cualquier tipo, casi siempre se manejan, por lo menos dos de ellas y, con no poca frecuencia, los tres.



## EL HOMBRE, SER SOCIAL

Por Carlos Fayt (\*)

1.— *Individuo y sociedad. Relaciones de convivencia, sociabilidad y solidaridad*: Así como no hay individuos sin sociedad ni sociedad sin individuos, siendo artificiosa y falsa toda pretensión por separarlos, suponiéndolos antagónicos, así también lo individual y lo social constituyen momentos de la unidad esencial de la vida humana. Vida humana individual y vida humana social, la una como vivencia, la otra como convivencia, son formas en que se manifiesta la vida humana en su totalidad. La sociedad es el ámbito humano, sólo en ella el hombre es, existe y se realiza. El hombre no sólo existe sino que coexiste, no sólo vive sino que convive. Su realidad es existencia humana en la medida en que está en y entre las cosas exteriores, y coexistencia, en cuanto está con y “en cierta medida en los demás hombres” (1). En cuanto a la sociedad, ella no existe independientemente de nosotros, sino con y a través de nosotros, somos parte de ella, ella existe por nosotros. Su realidad es supra individual, pero en conexión con nuestra existencia y coexistencia. Y en este sentido, la sociedad es vida humana objetivada en forma de hábitos, costumbres, normas e instituciones, que se han ido acumulando a lo largo de miles de generaciones. Condiciona lo subjetivo, la vida humana individual, siendo a la vez condicionada por ésta (2).

Del carácter gregario del ser humano se desprenden sus atributos de convivencia, sociabilidad y solidaridad. Por la convivencia, el hombre se mantiene en forma gregaria; por la solidaridad, el hombre lucha por su vida

---

(1) ORTEGA Y GASET, José, *Historia como sistema*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1941; y *Esquema de la crisis*, Madrid, 1942.

(2) La convivencia tiene dos ámbitos: la estructura social (estática) y las transformaciones sociales (dinámica). Pero, ¿cuándo hay sociedad entre dos o más hombres? Sánchez Agesta considera que éste es el primer problema de la sociología y distingue dos criterios, uno donde predomina lo social y otro

luchando por la vida del grupo y cumpliendo con las funciones impuestas por la necesidad de adaptación al medio. Por último, por el sentimiento de sociabilidad, la fraternidad del grupo se amplía y surge y se desenvuelve la noción de que la especie humana es una gran familia, con un origen común y un destino común. El hecho de la convivencia entre los agregados sociales produce relaciones recíprocas diversas, que varían y se diversifican a medida que la comunidad se hace más vasta y más compacta. Esas relaciones interhumanas pueden clasificarse en tres grandes grupos: las relaciones voluntarias, las relaciones espontáneas y las relaciones necesarias o forzosas.

Las relaciones voluntarias se basan en la facultad de decisión del hombre, en la voluntad individual, influida por las necesidades y las circunstancias, constituyendo las formas simples de convivencia. Las relaciones espontáneas, en cambio, surgen del hecho de la solidaridad; la necesidad de recíproca defensa, en todas las formas posibles de la lucha por la vida. Las necesidades impuestas por la conservación de la especie o grupo son sus causas determinantes. Este tipo de relaciones, junto con las de orden voluntario, son formas de manifestación individual dentro de las formaciones sociales.

---

donde predomina lo individual. Son expresión de las escuelas sociologistas y psicologistas, respectivamente, y en ellas domina lo objetivo social, o lo subjetivo social. Dentro del primer criterio, Durkheim considera que lo social son “maneras de pensar, obrar y sentir exteriores al individuo y que están dotadas de un poder coactivo por el cual se imponen”. Lo social es la respuesta individual a una representación colectiva; para Sombart (sociología del “sentido”), el fin racional objetivo de una acción depende de la conexión de una pluralidad de hombres en un grupo social; para Ortega, el signo distintivo de lo social está dado por el carácter anónimo que presta a nuestras acciones. “No hacemos: se hace”. Dentro del segundo criterio, para Simmel, lo social se produce cuando hay “mutua interacción” o “influjo recíproco, p. ej.: el diálogo”; y para Max Weber, el obrar social “es conducta humana, referida a la conducta de otro, implicando un factor intencional”. Lo subjetivo y lo objetivo social, es decir, lo que hacen los individuos y lo que se les impone, forman los dos aspectos de la realidad social. Hay una conducta humana impuesta externamente. Esta última, que constituye lo objetivo social, tiene diversos estratos y se presenta: 1) como formas de vida tipificadas; 2) como formas de vida formadas; y 3) como formas de vida organizadas (SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Lecciones de derecho político*, Granada, Editorial y Librería Prieto, Granada, 1954 (5ta. edición), págs. 21 ysigtes.).

Finalmente, las relaciones necesarias o forzosas son imposiciones de la organización de la comunidad sobre el individuo, en forma de reglas morales y jurídicas, de usos, prácticas o costumbres, con el objeto de mantener ciertas formas sociales o institucionales que hacen a la disciplina interna del grupo y a la estructura de la comunidad. En este tipo de relaciones predomina lo social. Las primeras constituirían los procesos que en conjunto pueden denominarse lo subjetivo social. Las segundas, lo objetivo social, lo que exteriormente el grupo impone como modo, forma o manera de obrar socialmente a la conducta de sus miembros.

2.– *Concepciones sobre la sociedad: nominalismo y realismo*: El íntimo enlace entre individuo y sociedad, como categorías de una misma y única realidad esencial, no se encuentra compartido por todos los autores, quienes aparecen divididos en dos posiciones contrapuestas, según asignen substantividad a lo individual o a lo social. Estas son, respectivamente, la posición nominalista y la posición realista. Dentro de esta última, como una variante, encontramos la posición pluralista. Para el nominalismo, la última realidad humana es el individuo. Nada hay en la sociedad que antes no se encuentre en los individuos. Comparten esta posición Gabriel Tarde, Simmel, Wiese y Vierkant, entre otros. Consideran a la acción recíproca o interacción social como la base de la ciencia social y definen al grupo social como “una colección de seres humanos dispuestos a imitarse entre sí, o que sin imitarse actualmente, se parecen, siendo sus rasgos comunes, copias antiguas de un mismo modelo” (Tarde); o simplemente, una colección de seres humanos, una suma o adición de seres humanos, que están relacionados. El nominalismo concibe las realizaciones sociales como productos exclusivamente individuales.

Para el realismo, la sociedad es exterior y superior a los individuos, tiene existencia supra individual, es un ser distinto, nuevo, que actúa sobre los individuos. Durkheim, el más brillante expositor del realismo sociológico, considera al ser social como una síntesis de la asociación individual, que actúa a través de “representaciones colectivas” impersonales e inmutables(3).

Dentro de esa posición, el pluralismo niega la existencia de la sociedad como un ente o substancia real, pero admite la existencia de los grupos sociales. La sociedad sería la expresión de una constelación de sociedades o asociaciones, cuya realidad inmediata no pone en duda.

---

(3) DURKHEIM, EMILE, “Représentations individuelles et représentations collectives”, en *Revue de métaphysique et de morale*, 1898.

Debemos señalar que en sociología, además de nominalistas y realistas, se distingue entre organicistas, mecanicistas y funcionalistas, según conciben a la sociedad como una adición de individuos (nominalistas), como un ser real (realistas), como un organismo (organicistas), como un mecanismo artificial creado por la voluntad humana (mecanicistas) o como un sistema en el cual los individuos se encuentran en interacción funcional, presentándose como una síntesis del nominalismo y del realismo (funcionalistas).

3.- *Comunidad y sociedad: concepto y estructura:* Ferdinand Tönnies, en su libro *Comunidad y Sociedad*, distingue entre comunidad y sociedad, la primera como centro de vida real y orgánica, la segunda como forma ideal o artificial y mecánica. Su teoría de la comunidad parte de la unidad de la voluntad humana, que sigue siendo natural en las relaciones entre individuos diversamente condicionados, tomando como punto de partida el nexo de la vida vegetativa, debido al nacimiento, que genera tres clases de relaciones: i) entre madre e hijo; ii) entre marido y mujer como cónyuges; y iii) entre los hermanos y parientes. Esas relaciones originarias se traducen en la vida en común o convivencia, y en reciprocidad o solidaridad por el mutuo auxilio de voluntades. Sostiene Tönnies que “en el seno de estas relaciones orgánico-corporales, existe una ternura instintiva y espontánea del fuerte hacia el débil, un placer de ayudar y proteger íntimamente enlazado con el placer de poseer o con la satisfacción que causa el poder propio”. En la comunidad, los hombres están esencialmente unidos. “En efecto, la comunidad de la sangre, como unidad de esencia, se desarrolla y especializa en la comunidad de lugar, que tiene su inmediata expresión en la convivencia local, y esta comunidad pasa, a su vez, a la del espíritu, resultando de la mera actuación y administración recíproca en la misma dirección, en el mismo sentido”.

La de lugar tiene por vínculo la vida sedentaria, mientras que la de espíritu es la propiamente humana y el tipo más elevado de comunidad. Pueden distinguirse así tres tipos de comunidad: i) comunidad de sangre; ii) comunidad de lugar; y iii) comunidad de espíritu. Las hace derivar, respectivamente, del parentesco, la vecindad y la amistad. La comunidad de sangre tiene la casa por morada, la participación de los alimentos y cosas comunes, la veneración de los muertos como espíritus invisibles y tutelares, asegurando la unión en el linaje, todo lo cual se explica por qué “el hombre corriente se encuentra o se siente más seguro y más alegre cuando se encuentra rodeado de su familia y de sus allegados”.

La comunidad de lugar o de vecindad es “la convivencia en el poblado, donde la proximidad de las viviendas, los bienes comunales o la mera conti-

güidad de los campos determina numerosos contactos entre los hombres y hace que éstos se acostumbren a tratarse y conocerse mutuamente; el trabajo en común impone el orden y el gobierno; los dioses y espíritus de la tierra y del agua, que traen bendiciones y amenazan con maldiciones, son implorados en demanda de favor y gracia”.

La comunidad de espíritu o de amistad surge por efecto de “actuaciones y concepciones coincidentes; de ahí que es común que pueda producirse más fácilmente en razón de pertenecer a un oficio o arte iguales o semejantes”. Las relaciones de amistad y compañerismo se extienden en su forma espiritual por el hecho de pertenecer a una misma localidad, ciudad o asamblea mística, y conservan el signo distinguido de la comunidad, aunque más atenuado, que es el encontrarse fundada en relaciones de carácter orgánico y necesario. Estos tipos de comunidad se vinculan a la organización de la casa o familia, del clan, de la tribu y de la comuna.

En cuanto a la sociedad, Tönnies sostiene que ella, como la comunidad, está constituida por un círculo de hombres que conviven, pero que en lugar de estar esencialmente unidos, están esencialmente separados; “mientras en la comunidad permanecen unidos a pesar de todas las separaciones, en la sociedad permanecen separados a pesar de todas las uniones”, En la sociedad nadie hará algo o prestará algo para los demás a no ser a cambio de una contraprestación fundada en el acuerdo de voluntades, en el contrato. “La sociedad, pues, agregado cohesionado por convención y por derecho natural, se concibe como una multitud de individuos naturales y artificiales, cuyas voluntades y esferas forman numerosas uniones entre sí y con sus relaciones, a pesar de lo cual se mantienen independientes y sin inmiscuirse mutuamente en su interior”. La sociedad civil, por consiguiente, es sociedad de cambio, sin otro fundamento inmanente que el tráfico mercantil, que la actividad económica, y en la que las relaciones sociales descansan en prestaciones eventuales, posibles o ya concertadas. La relación de cuerpos que caracteriza a los tres tipos de comunidad es substituida por una relación de objetos destinados a ser intercambiados; la relación de parentesco, vecindad o amistad, es reemplazada por una diferente, la de acreedor y deudor, la de vendedor y comprador, y la voluntad humana traducida en actividad tiene por fin real y racional el provecho, la utilidad y la ganancia (4).

---

(4) TONNIES, FERDINAND, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947, págs. 25 y sigtes.

Estas relaciones se traducen en formas de vida, en tipos de comportamiento, en modos de relacionarse socialmente. Esta dicotomía entre comunidad y sociedad, basada —según Max Weber— en el sentimiento subjetivo de los partícipes de constituir un todo en la comunidad, y en una compensación de intereses por motivos racionales o en una unión de intereses por igual motivación en la sociedad, que encuentra analogías esenciales en el llamado tipo empírico rural y tipo empírico urbano de Halbwachs, en la “estructura sagrada aislada” y en la “estructura secular accesible” de Thomas, y en el tipo de solidaridad mecánica y de solidaridad orgánica de Durkheim, reviste gran importancia para conocer la sociedad en que vivimos.

Nos permite, en primer lugar, distinguir entre comportamientos comunitarios, espontáneos o naturales, y comportamientos societarios, racionales o no espontáneos; en segundo término, comprender la forma de vida rural y la forma de vida urbana, el proceso de su integración y desintegración, y el desajuste en la conducta producido por los movimientos ecológicos y sociales; en tercer lugar, interpretar tanto los fenómenos que se producen por los cambios en las formas de vida, la gravitación de la comunicación en la aceleración de esos cambios y el proceso del tránsito de una forma de vida a otra, en cuanto a los esquemas, patrones o pautas de comportamiento vigentes en una y otra forma y su influencia en la disolución o disgregación de la conducta individual; además, interpretar la actual sociedad de masas como consecuencia de la forma de vida urbana, altamente diferenciada, de amplia movilidad vertical y horizontal, muy imperfectamente integrada, y deducir la estructura de los partidos de masas, los comportamientos políticos y las fuerzas conscientes e inconscientes que operan en el campo político; finalmente, percibir —en la crisis contemporánea— el paso de una sociedad de cuadros a una sociedad de masas.

4.— *La ciencia de la sociedad*: La sociología o ciencia de la sociedad aparece en un momento del proceso espiritual, social, político y económico que modificó la forma de pensar, creer y vivir del hombre moderno. La Revolución industrial; la desintegración de las formas de vida medievales, de una sociedad estática de tipo feudal a formas altamente diferenciadas, en virtud del surgimiento de la forma capitalista de vida social y económica; la revolución intelectual con las sucesivas formulaciones de la doctrina liberal; la doctrina democrática y la doctrina socialista; la Revolución Francesa y el advenimiento de la clase media al poder político; el marxismo, primero como testimonio y después como ideología de las nuevas condiciones sociales; y la aparición del proletariado industrial, son algunos de los factores que deter-

minaron la aparición de esta nueva ciencia como indagación de las causas de la transformación social a través de la interacción humana.

Augusto Comte es el fundador de la sociología, a la que designa “ciencia de la asociación humana”. Sus obras principales son *Programa de Filosofía Positiva* (1826), *Opúsculos* (1819-1828) y *Curso* (1830-1832). Las líneas fundamentales de su pensamiento son: i) el positivismo como “principio regulador de la sociología”; ii) la distinción entre estática social —que estudia la estructura social— y dinámica social —que estudia los cambios y transformaciones sociales—; iii) la división de la evolución del conocimiento en tres etapas o estadios: el teológico, el metafísico y el positivo o científico; iv) su concepción monista y mecanicista de la sociedad y la creencia de que los procesos sociales están sometidos a leyes de causalidad; y v) su clasificación de las ciencias, partiendo de la matemática hasta coronar en la sociología, ciencia suprema para Comte, pues las otras eran “puntos de partida de la sociología”.

A partir de Comte la sociología toma varias direcciones. Teniendo en cuenta que Comte en su clasificación de las ciencias no menciona a la psicología como ciencia “que precede a la sociología”, J. Stuart Mill y Herbert Spencer consideraron que debía salvarse esa omisión, ubicando a la psicología “entre la biología y la sociología, como base inmediata de ésta”. Esta posición, según P. Sorokin, condujo “a la aparición de una escuela sociológica que toma por base a la psicología y que interpreta los fenómenos sociales como una derivación de la actividad de los individuos”; es decir, explican la actividad social partiendo de la actividad individual. Otra corriente, fiel en principio a las grandes líneas del pensamiento de Comte, siguió sosteniendo que lo individual debía interpretarse por lo social, lo psicológico por lo sociológico, en razón de ser la sociedad una realidad distinta de los individuos que la componen. Esta es la esencia de la divergencia de las dos grandes escuelas, las sociológicas y las psicológicas, que constituyen las más importantes direcciones de la sociología posteriores a Comte.

Dentro de las escuelas sociológicas se distinguen: i) la escuela neopositivista de E. de Roberty y las teorías de Espinas, Draghicesco y Cooley; ii) la escuela de Durkheim y sus colaboradores; iii) la teoría de Gumplowiz; y iv) la escuela “formalista” con Tönnies, Simmel, Stammler, von Wiese, Vierkant, Litt, Bouglé, Ross, Park y Burgess.

Dentro de las escuelas psicologistas se encuentra las interpretaciones instintivistas, basadas, como la escuela de Freud, en la importancia de la libi-

do y el sexo, de la que se extraen correlaciones sociológicas; o su derivación en los estudios de Ellis, W. I. Thomas, y McDougall y Trotter. En segundo término, las interpretaciones conductistas con distintas ramas, como la escuela rusa de Pavlov, que identifica los instintos “con los reflejos no condicionados”, “los conductistas del tipo de P. Allport”, para quienes no hay diferencias visibles entre reflejos e instintos y la posición de J. Watson, que niega los instintos y admite los reflejos condicionados. Por último, las interpretaciones sociológicas en términos de psicología (deseos, intereses, voliciones), como las de Gabriel Tarde y Lester A. Ward, Parson y Warrem. Como variantes de esta última posición se pueden mencionar las teorías de Charles A. Elkwood, de Gustavo Le Bon y de J. G. Frazer, entre otros. Inclusive, algunos trabajos de Max Weber, como *El capitalismo moderno y el protestantismo*.

En cuanto a las escuelas sociologistas, y con referencia a la posición del neo-positivismo, su principal figura es de Roberty. Sostiene “que los fenómenos psicológicos son el resultado, no la causa de los fenómenos sociales, siendo erróneo explicar una causa por sus efectos”. Espinas sostenía que “el individuo es más bien un producto que un autor de la sociedad”, y Draghicesco, que “el origen y desarrollo de la inteligencia humana se han debido a la interestimulación social” (Sorokin), En la interacción social, en la creciente complejidad y diferenciación social y en las funciones de análisis y síntesis propios de la mente humana y su adaptación al medio debe verse la causa del progreso intelectual y cultural. La integración y desintegración de la personalidad corresponde principalmente a la adaptación o no de los individuos a un medio social determinado, pues la mente humana no es más que un reflejo del medio social. Cooley aporta a la sociología su teoría de los grupos primarios y secundarios.

La escuela objetiva francesa de E. Durkheim y sus colaboradores se caracteriza por su carácter universal, su preocupación por descubrir las relaciones generales de los fenómenos y su orientación científica y antropológica. No obstante, según Claude Lévi-Strauss, ella “siente todavía las consecuencias de la discrepancia inicial entre las previsiones teóricas y la insuficiencia de datos concretos” (5). Además de Durkheim, son sus representantes LévyBruhl y Rivet. Asimismo, debemos mencionar, entre los discípulos de

---

(5) En la elaboración de esta síntesis de las direcciones sociológicas posteriores a Comte, se ha tenido en cuenta la obra de GURVICH, GEORGES YMOORE, WILBERT E., *Sociología del Siglo XX*, Editorial El Ateneo, que contiene trabajos de CLAUDE LÉVI-STRAUSS sobre la sociología francesa; de ROBERT E. L. FARIS, sobre la sociología norteamericana; de J. RUM-

Durkheim, a Halbwachs y a Gurvich, sobre quien influyó Marcel Mauss. En cuanto al pensamiento de Durkheim, desarrollado principalmente en su libro *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, se basa en la noción de que “el principio sumario de todo proceso social importante ha de buscarse en la estructura interior del grupo social”. “Sin símbolos, dice, los sentimientos sociales tendrían sólo una existencia precaria”. Otras obras suyas son *La división del trabajo social* (1893), *Las reglas del método sociológico* (1894) y *Suicidio*. Durkheim considera a los hechos sociales como cosas, como sistemas de ideas objetivadas. Son “representaciones colectivas” y, por tanto, de naturaleza psíquica, existiendo una relación fundamental entre los fenómenos psicológicos y sociológicos. Su estudio sobre la división del trabajo lo lleva a distinguir entre la “solidaridad orgánica” y la “solidaridad mecánica”. La escuela “formalista” limita el campo de la sociología al estudio de las relaciones humanas, a las formas de interacción social. Admite la realidad del grupo social e interpreta al individuo como un producto del grupo, pero estima que lo valioso como objeto de estudio está dado por la forma de las relaciones sociales, antes que por su contenido. A este respecto, Simmel, una de las más importantes figuras de la escuela, sostiene que lo específico de la sociología son las relaciones sociales, pues subordinación, dominio, competencia, imitación, división del trabajo, “se dan en los grupos sociales más diferentes desde el punto de vista de su contenido”. El contenido es el objeto de otras ciencias, en cambio lo propio, lo sustantivo de la sociología, son esas formas de las relaciones humanas, esos modos de interacción social. Tönnies, por su parte, estudia y elabora una teoría de las formas fundamentales de relación social, la forma comunitaria y la societaria, estudios que también efectúa Halbwachs, quien aporta a la tipología de las formas de sociedad los

NEY, sobre la sociología británica; y de LEOPOLD VON WIESSE sobre la sociología alemana, trabajo de conjunto que contiene valiosas contribuciones de autores como ALFREDO POVIÑA, ROGER BASTIDE, DIACIR MENEZES, sobre la sociología en América Latina. El monumental trabajo de SOROKIN, P., *Teorías sociológicas contemporáneas*, sirvió de base a la visión de conjunto que se deseaba proporcionar, y como complemento, *Manual de Sociología*, de CUVILLIER, ARMANDO, editado por El Ateneo, Buenos Aires, 1959; *Introducción a la sociología*, de MENZEL, ADOLFO, versión de Angela Selke y Antonio Sánchez Barbudo, Ed. Fondo de Cultura Económica, México; *Lecciones de Sociología*, de RECANSSES SICHES, LUIS, Editorial Porrúa, México, 1948; *Sociología*, de JAY RUMNEY J. MAIER, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1957; *Sociología*, de POVIÑA, ALFREDO, 2 tomos, Ed. Assandri, Córdoba (R.A.) y ORGAZ, RAÚL, *Obras completas*, además de las ya citadas de MACIVER y PAGE, entre otras.

tipos ideales opuestos de “empírico rural y empírico urbano”. Stammler proporciona una teoría sistemática del derecho como forma, y de los fenómenos económicos como contenido de las relaciones sociales. Esta escuela ha dejado un saldo positivo en cuanto a “su sistematización de las relaciones humanas y de los procesos sociales”.

Por último, debemos incluir dentro de las escuelas sociologistas a la escuela económica de Carlos Marx y Federico Engels, que consideran al factor económico como el más importante y fundamental dentro de una pluralidad de factores. Creen que la economía constituiría el “verdadero fundamento” de la sociedad, con lo que se confunde un elemento del proceso social con el proceso social en sí.

5.– *Origen natural de los derechos fundamentales*: El hombre es un ser social por naturaleza. Ha nacido en sociedad, la cual es un medio biológico. Tiene ciertas necesidades de carácter vital, impostergables, propias de sí, a la vez que comunes a todos los hombres. Son necesidades primarias de orden fisiológico que necesitan, para poder realizarse, de otras, que llamaríamos de relación y que se concretan en un conjunto de facultades fundamentales que el hombre debe desarrollar en cierta medida, ya que sin ellas no existiría.

Esas necesidades que todo hombre trae consigo al nacer las conserva al entrar en la familia, en la tribu, en la ciudad, en la nación, y debe satisfacerlas porque de ellas depende su existencia, debiendo la familia, la tribu, la ciudad o la nación, permitir que las satisfaga, so pena de quedarse sin miembros o, por lo menos, de verse disgregada. Entre el hombre y el grupo de que forma parte hay, pues, un vínculo indisoluble que los liga y que se manifiesta, por una parte, en que el individuo satisfaga las necesidades inherentes a su naturaleza y, por la otra, en que el grupo permita que aquél las realice. Para existir la sociedad, debe existir el individuo. Para existir el individuo, éste debe satisfacer sus necesidades.

El hombre no ha vivido jamás aislado, siempre vivió rodeado por sus semejantes. Ello se debe al mero hecho de que sólo en unión de otros individuos puede satisfacer mejor y más plenamente sus necesidades.

No es que el hombre se haya sentido ser sociable antes de sentirse ser individual, no es que tuviera conciencia de su vida colectiva antes de poseer la conciencia de su vida individual. El hombre pensó en los otros al mismo tiempo que pensó en sí mismo. Porque así como el medio ambiente de ciertos seres inferiores es el agua, el aire, o la selva, el medio ambiente natural del

hombre es la sociedad, considerada ésta en sus distintos estadios, de familia, tribu, ciudad, nación. Y pensó en la sociedad y en sí porque se encontró ya en ésta, y sólo en ella lograba satisfacer más perfectamente sus necesidades primarias e impostergables. Existe, pues, una compenetración indisoluble entre el hombre y el grupo al que pertenece.

6.— *Libertad y patrimonio: carácter opuesto y diferencial:* Para realizar esas necesidades, el hombre debía realizar un conjunto de hechos tendientes a satisfacerlas. Así, para comer, debía proporcionarse alimentos, para obtener los cuales debía tomarlos del suelo en su estado natural, o bien cultivar la tierra o cuidar los ganados; trabajar, en suma. Asimismo, necesitaba que se le reconociera como propio el fruto de su trabajo en la medida de sus necesidades, a fin de consumirlo. Además, precisaba refugio para vivir él y su familia y que le sirviera al mismo tiempo de protección contra los medios físicos y contra las hostilidades de los enemigos.

De igual manera, necesitaba defender su integridad física y la de su familia luchando contra los agresores. Y así, pensar, hablar, entrar, permanecer, transitar, salir, asociarse. Por eso, estas facultades son innegables del hombre, son inherentes a su carácter de tal; son facultades que nacen y mueren con él, que es su titular.

Tenemos así un orden de facultades que el hombre posee por el solo hecho de ser hombre y que existen condicionadas por la naturaleza humana como atributos intrínsecos, comunes, inalienables, imprescriptibles e intransferibles de la personalidad humana.

La sociedad —familia, tribu, ciudad, nación— de la que el hombre forma parte como miembro, siempre tuvo —a los efectos de que existiera un orden interior en el grupo y pudiera decidir en los conflictos entre sus componentes, como asimismo conducir en caso de guerra— una forma de gobierno simple o compleja, según el estadio del grupo, que velara por los servicios de guerra, de policía y de justicia, respondiendo a la necesidad de garantizar la seguridad del grupo contra el enemigo exterior y asegurar la tranquilidad en el interior. Ese gobierno que resulta de las necesidades de conciliar los intereses individuales y los intereses sociales es así el resultante natural de la sociedad que necesita organizarse de algún modo para el cumplimiento de sus necesidades.

Individuo, sociedad y gobierno forman un todo indisoluble, en el que un término es presupuesto necesario del otro.

El fin último perseguido por el gobierno es el bienestar del individuo, lo que logra mediante el bienestar de la sociedad. El gobierno, como no es otra cosa que un grupo de hombres a quienes la sociedad les confía las facultades de garantizar la tranquilidad en el interior de ella y asegurarla contra el enemigo exterior, tiene el deber de cumplirlas.

Tenemos, de un lado, facultades del individuo y, del otro, facultades del gobierno; y, correlativamente, por una parte, el deber de éste de respetar esas facultades individuales permitiendo al hombre el ejercicio sin trabas de su actividad física, intelectual y moral, e impidiendo que alguien atente contra éste; y, por la otra, el deber del individuo de respetar las facultades del gobierno sometiéndose a las decisiones que en materia de justicia, policía o guerra tome en salvaguardia de la sociedad.

Del juego entre los tres términos —individuo, sociedad y gobierno— se concretan hechos y actos dirigidos a un fin que no será otro que el bienestar del individuo, resultante del bienestar de la sociedad o grupo. Ese bienestar sólo puede obtenerse si se da a cada uno lo suyo, a todos lo que les corresponde, y no ciertamente en este o en el otro caso, sino habitualmente, de un modo persistente y en todas las cosas.

La relación entre la sociedad y el individuo está regida por un cierto orden, manifestado en reglas comunes a todos los pueblos y a todos los tiempos. Reglas que condicionan la íntima interdependencia entre la sociedad y el individuo, de un carácter universal, que se presentan como efectos de las necesidades primarias del individuo y de la sociedad. A estas reglas las llamamos derechos naturales.

El derecho natural, pues, considerado como el conjunto de las reglas de conducta exterior de carácter universal, asegura efectivamente —en un medio dado y en una época dada— la realización de las necesidades individuales y sociales. El derecho positivo es el sancionado por la sociedad mediante su gobierno en forma de leyes que no hacen otra cosa que reconocer el derecho natural. Pero si bien todo derecho positivo es derecho natural, no siempre éste está contenido en las leyes.

Y todo el derecho positivo tendrá por objeto concretar y realizar los derechos, las obligaciones, los deberes jurídicos, los poderes instituidos en ella.

Jamás hubo conflicto entre la sociedad y el individuo, que no son entidades contrarias, sino un todo indisoluble. No es que sean la misma cosa. Es que el uno es la razón del otro. La sociedad existe por el individuo y sin él no tiene explicación. El individuo existe para la sociedad; sin ella, tampoco tendría explicación. La sociedad no es un pacto, no es un contrato; es un hecho natural, un hecho biológico. El gobierno político si es el producto de un pacto, implícito o explícito.

Los conflictos han existido entre la sociedad y el gobierno, por el hecho de que éste no cumplía sus fines, no protegía al individuo o entronizaba a unos pocos en perjuicio de todos los demás. En suma, cuando provocaba la desarmonía del grupo, permitiendo que unos pocos poseyeran lo que correspondía a todos y a cada uno.

Pero esos conflictos no surgen por el hecho de que uno o más individuos hubieran perdido parte de sus facultades o sus derechos naturales. Su causa reside en que el gobierno los limitaba en beneficio de unos pocos, ampliando desorbitadamente las facultades de éstos.

Entre las facultades inherentes al individuo, figura la de trabajar y la de tener como propio lo necesario. Esa facultad genera riqueza, nombre con que designamos a lo que es útil a todos, adquiriendo por ello un valor. Valor que se lo dan los otros hombres, que se lo da la sociedad. El equilibrio entre todos los individuos, esto es, la sociedad, dependerá de que todos tengan la parte de riqueza necesaria para satisfacer sus propias necesidades. El individuo tiene la facultad inherente a su propia personalidad, como ser natural, de tener como propio, como suyo, y consumir o guardar, el fruto de su trabajo que necesita para la satisfacción de sus necesidades. El exceso, que tiene valor para la sociedad y por la sociedad, existe siempre en función de ella. El fruto del trabajo humano se denomina bienes, y el conjunto de bienes se llama patrimonio. Todo hombre tiene la facultad inherente a su personalidad natural de poseer un patrimonio. Nace así un cierto orden de facultades de carácter patrimonial, limitadas a las necesidades de ese individuo, que tendrá sobre ese mínimo de patrimonio la facultad de poseerlo, usarlo y disfrutarlo. Tendrá sobre él una cierta propiedad, que no será otra cosa que el conjunto de esas facultades ejercidas sobre el patrimonio.

Para satisfacer sus necesidades, tiene la facultad de disponer de esa propiedad y de vincularse a otros hombres por intermedio de convenios, de pactos; a ellos les llamamos contratos, es decir, a la vinculación entre dos o

más individuos que disponen de su propiedad con el fin de satisfacer necesidades particulares.

El contrato es, pues, una resultante de la propiedad.

Todo individuo tiene, dentro de ese orden patrimonial, una facultad inherente a su persona: de ser propietario de un mínimo de patrimonio y de disponer de él, vinculándose a otros hombres, esto es, contratando, facultad siempre limitada por sus necesidades. La sociedad debe respetar y amparar esas facultades, impidiendo que se vean constreñidas por otros individuos. Al organizar su gobierno, la sociedad delega en él esa obligación, Pero la acción del gobierno desnaturalizó sus fines en beneficio de los pocos que concentraron en sus manos el poder económico. El gen egoísta que marca la tendencia de las acciones humanas dividió a los hombres en categorías y grados de desigualdad que fueron desde la esclavitud y la servidumbre a la exclusión social. Ningún individuo tiene interés en apoderarse de la facultad de pensar o de creer de otro individuo. En cambio, tiene interés en apoderarse, no de la facultad de trabajar, sino del fruto de ese trabajo, que se traduce en bienes, en riqueza. Tiene, sí, interés en apoderarse de ese patrimonio ajeno para acrecentar sin esfuerzo el patrimonio propio. El acrecentamiento desproporcionado de un patrimonio con las necesidades del titular se hace siempre sobre la base de un decrecimiento desproporcionado del patrimonio ajeno, y reviste, cualquiera sea el medio utilizado, la forma de un despojo.

Así, la fuente inagotable de conflictos entre los individuos y entre éstos y el gobierno es de orden patrimonial.

El primer orden de facultades que hemos analizado presupone en el individuo —ser social por naturaleza— un cierto grado de independencia, una cierta esfera no regida sino por el propio individuo, regulando los atributos de su personalidad.

A esa órbita no regida y que se concreta, se materializa, se manifiesta mediante esas facultades de hacer, en el señorío del hombre sobre sí, la llamamos libertad.

La relación que existe entre las facultades de hacer y la libertad es la que existe entre el efecto y la causa. Las facultades de hacer en su totalidad —esas facultades del hombre para el hombre en sí— forman en conjunto la *libertad*. Ellas no existen sin ésta. A su vez, la libertad no existe sin aquéllas.

El segundo orden de facultades que existe, no por función del individuo como las anteriores, sino en función de la sociedad, forman en su conjunto un orden distinto, a cuya esfera propia, generalizando, llamamos patrimonio.

La libertad es una cualidad del individuo, el patrimonio es una cantidad de riqueza que el individuo tiene.

Esas facultades, pertenezcan a la libertad o al patrimonio, toman categoría de derechos por el hecho de vivir el hombre en un determinado orden, sea éste de derecho natural, sea de derecho positivo.

Si cierta facultad es reconocida en el individuo, se está estableciendo con ello que los demás no deben realizar ningún acto incompatible con ella. Se establece así una coordinación objetiva que se traduce en posibilidades e imposibilidades de varios sujetos, implicando siempre una referencia subjetiva, pues aquello que un sujeto puede, lo puede con respecto a otro.

El hecho de la convivencia social, el hecho natural de que el hombre viva agrupado en sociedad para el logro de los fines que ya hemos visto, presupone y demuestra la existencia de ese derecho natural que emana del reconocimiento tácito y sobreentendido de que el individuo debe satisfacer sus necesidades mediante el ejercicio de sus facultades y la sociedad debe respetarlas y protegerlas, limitándolas en la medida de lo que sea necesario para esa convivencia.

Resulta así inconcebible la convivencia social sin un previo y tácito reconocimiento de las normas de convivencia. Facultad por una parte y deber de respetarla por la otra, forman el derecho. Este no es un término derivado de la sociedad, ni la sociedad un derivado del derecho. Ambos se presuponen como complementos necesarísimos. Así como el color y el sonido no se conciben sin un sujeto que vea y oiga, así tampoco hay derecho que no haya sido reconocido como tal por un número determinado de sujetos asociados.

El derecho en su concepto más amplio sería, por tanto, el conjunto de reglas de conducta exterior reconocidas por la ley en el sentido genérico del término, que aseguran materialmente en un medio dado y en una época dada la vida social, resultante del cumplimiento de los fines del individuo y de la sociedad.

Derivado inmediato de esta conclusión es el hecho de que las legislaciones codificadas varían, admitiendo el surgimiento de concepciones nuevas y, con ellas, la postulación de nuevas reglas de derecho positivo.

El derecho natural no es un derecho que deba ser, sino que es un derecho válido y existente de una manera universal, para todos los individuos de todos los tiempos y de todas las sociedades. Concebido en forma natural, en sentido objetivo, es la suma de normas obligatorias establecidas en una sociedad y que —por la naturaleza misma— valen para toda la humanidad. Concebido en sentido subjetivo, es la totalidad de las facultades que cada individuo tiene y le pertenecen por razón del derecho natural objetivo y de relaciones dadas por la naturaleza misma.

El derecho natural tiene su fundamento en la primaria, elemental y absoluta necesidad de los hombres de ejercer sus facultades para conservarse y desarrollarse dentro de la sociedad en que viven y que, siendo común a todos —a todos y a cada uno—, les es necesario.

La institución del primer gobierno la hace la sociedad, buscando la realización de determinadas funciones y delegando para ello en un grupo de personas ciertas facultades. Ese gobierno surge, así, por un acto de delegación. Todo gobierno es, pues, representativo.

La sociedad está formada por los individuos. Son éstos los que, mediante un acuerdo, confieren ciertas facultades a un determinado grupo de ellos para que ejerzan funciones de gobierno. Vemos, pues, que el individuo elige a quienes van a ejercer el gobierno, delegando en ellos parte de las facultades que le pertenecen. Al constituir el gobierno, los individuos voluntariamente limitan su actividad, restringen sus facultades en beneficio de todos —esto es, de la sociedad— e invisten a ese determinado grupo de individuos de cierto poder de reglar las actividades de todos, a la vez que les establecen obligaciones en el sentido de respetar y proteger las facultades de cada uno. Las funciones primarias de éste son las de guerra, de policía y justicia, para cuya realización delegan los individuos parte de sus facultades, otorgándole un cierto poder de coacción.

El derecho del individuo a participar en el gobierno como elector y como elegido, así como a participar en la sanción de las leyes y en la revocación de los mandatos, tiene su fundamento en el hecho de la delegación que éste realiza de una parte de sus derechos en el gobierno, y del otorgamiento de su consentimiento para ser constreñido por ese gobierno, mediante actos

coactivos, a hacer algo en beneficio de todos. El individuo realiza dicha delegación a fin de obtener de ese grupo -a quien inviste de poder- la seguridad que necesita para ejercer sus facultades, al mismo tiempo que la protección necesaria para que ese ejercicio no se vea constreñido por otros individuos.

Nace así, en el individuo, una nueva categoría de derechos que se vinculan con el gobierno, derechos de un orden especial, a los que llamaremos derechos políticos.

En el proceso de democratizar la democracia, esta categoría de derechos presupone la facultad que tiene el individuo de ser elector y elegido y de participar, directa o indirectamente, en la sanción y ejecución de las leyes.

*7.- De los derechos del hombre: derechos de la libertad personal, derechos patrimoniales y derechos políticos:* De este modo, y consagrando la maestría de Carlos Sánchez Viamonte en cuanto a la naturaleza jurídico-política de los derechos del hombre, distinguimos tres categorías plenamente diferenciadas: en primer lugar, los derechos que pertenecen a la libertad del hombre, como atributos inherentes al hombre en sí, que sólo requieren para su ejercicio idoneidad física o intelectual y que nacen y mueren con el individuo, caracterizándose por el hecho de existir siempre en relación al individuo mismo, en ser común a todos, en no poder transferirse y enajenarse, en ser cualitativos, inalienables e imprescriptibles. A esta categoría pertenecen los derechos de vivir, pensar, expresar el pensamiento, trabajar, permanecer, transitar, entrar, salir, asociarse, aprender y practicar el culto.

La segunda categoría, dada por el patrimonio, está conformada por derechos que son externos al hombre en sí, que siempre existen en función de la sociedad y que son objetivos, cuantitativos, alienables, prescriptibles y transferibles. A esta categoría de derechos patrimoniales corresponde, en primer término, el derecho de propiedad y, resultante de éste, el derecho de contratar. Ambos derechos se manifiestan concretamente en el hecho de poseer, usar, disfrutar y disponer de las riquezas dentro del límite de las propias necesidades. En lo que estas riquezas excedan esas necesidades, su valor es dado por la sociedad.

Finalmente, la tercera categoría de derechos, resultante de la vinculación del individuo con el gobierno, se halla constituida por el derecho de sufragio, en su doble manifestación de elector y elegido, en el derecho de participar en el gobierno mediante el referéndum, la iniciativa popular y la

revocación de mandatos, en el derecho de peticionar, de reunirse, de opinar, de publicar, de usar y llevar armas y de resistir a la opresión.

A este cuadro general de los derechos del hombre se le fueron sumando los denominados personalísimos o de cuarta generación, y una cantidad de subespecies o subtipos con ámbitos específicos, pero con indudable conexión de sentido con los enumerados por los autores clásicos de la Ilustración: la vida, la libertad individual, la seguridad y la propiedad privada.

Corresponde ahora ver su realización a través del tiempo y en qué forma y medida están contenidos en las aspiraciones de libertad y de justicia que han inquietado durante siglos a la estirpe humana.



## ESTRUCTURA Y SENTIDO DE LA DEMOCRACIA

Por Agustín Basave Fernández Del Valle

En memoria del egregio jurista, poeta y político argentino, Dr. Pablo Antonio Ramella, jurista cristiano “*ex veritate*” y entrañable amigo “*ex corde*”.

Antes que una forma política de gobierno, la democracia es una forma de convivencia humana. Y antes que una forma de convivencia humana, es una vocación del hombre. Vocación que culmina, en lo político, con la realización práctica de los postulados éticos de la co-participación, de la co-responsabilidad y de la ayuda recíproca. Supone el reconocimiento y protección de los derechos de la persona humana. Lleva a su plenitud el ser dialógico del hombre. Sirve como instrumento para la cabal realización personal. Hace del ser humano –y no del Estado– la base y el fin de la estructura política. Pide la adhesión de seres libres y erige la persuasión en método. Permite subsistir la variedad de opiniones políticas y prohíbe la bárbara mutilación de los sectores sociológicos disidentes.

El régimen democrático se estructura partiendo de una concepción metafísica de la naturaleza humana abocada a la libertad. Ninguna otra forma de gobierno valoriza más al hombre. En contraste con los regímenes autocráticos, la democracia ve en el hombre el fundamento, y el destinatario final de la organización política. Su técnica gubernamental se realiza contando con sujetos conscientes y responsables. El método de la persuasión, de la libre discusión, propio de la democracia, responde mejor a la naturaleza de unos seres inteligentes y libres.

La democracia no se instituye por decreto ni se reduce a los artículos de una constitución. Trátase de un estilo colectivo de vida, de una manera de

vivir en común –que requiere, ciertamente, madurez política– y de una posibilidad de responder a la vocación humana. Ante todo es preciso hacer pie en una sociedad abierta en su estructura y en su funcionamiento. Es preciso eliminar la estratificación en clases socio-económicas cerradas, si se quiere favorecer el desenvolvimiento integral de cada ciudadano. En una convivencia pluralista, como la de la democracia, actúan una multiplicidad de grupos sociales y de intereses. Pero actúan subordinados al conjunto de las condiciones que permiten y favorecen el desenvolvimiento integral de los ciudadanos. Para ello es preciso conciliar la autoridad con la libertad. La disciplina en la acción es compatible con los legítimos derechos subjetivos públicos. La libertad no es tan sólo un dato psicológico, sino un hecho ontológico. Somos nuestra libertad. Tenemos que hacernos, haciéndolo todo, excepción hecha de nuestra naturaleza. Aquí y ahora, en ejercicio concreto, podemos ser lo que debemos ser. Actuando libremente actualizamos nuestra posibilidad. La democracia no sólo permite a los hombres, por la ausencia de coacción, que se autodeterminen; les faculta para que, asociándose, impidan la imposición de medidas injustas y arbitrarias. La libertad-autonomía es completada por la libertad-participación. Libertad que está referida, esencialmente, a un contenido de sentido, a un valor. En este sentido, ella misma, aunque tenga un carácter instrumental, es ya de por sí valiosa.

Para que exista una verdadera democracia es preciso que el pueblo haya alcanzado un grado suficiente de madurez política. Y esta madurez política supone, claro está, un apreciable desarrollo económico-social. El método propio del gobierno democrático estriba en “la asunción del gobierno por parte de la mayoría y en la crítica o control de la minoría, llamada también oposición [...]”. Debe observarse, empero, que en una democracia sana y bien consolidada –apunta Pedro Paván– la acción crítica de la oposición no está tanto dirigida a crear dificultades a la mayoría en el ejercicio de la responsabilidad del gobierno, cuanto a poner de relieve los infaltables aspectos negativos de la acción gubernativa, sea para hacer más consabida y empeñosa dicha acción como para mantener vigilante a la opinión pública”(1). ¿Qué se entiende por mayoría? La mayoría puede ser *simple* –la mitad más uno– y *calificada* –número mayor de votos, exigido expresamente–; pero, en todo caso, es siempre de naturaleza matemática. En consecuencia, el criterio cuantitativo de la mayoría no puede ser aplicado en el ámbito de la metafísica o de la moral. La Verdad no depende de la opinión ni del número de quienes la profesan. Sería un grotesco despropósito decidir, por mayoría, si Dios existe, si el hombre es

---

(1) Pedro Paván, *La democracia y sus razones*, ps. 31-32, Editorial Difusión.

libre, si la vida tiene algún sentido, si los individuos y los Estados deben realizar la justicia. ¿Cuál es el campo propio de los asuntos que pueden ser discutidos en términos de mayoría o minoría? Hay una serie de situaciones concretas y problemáticas cuya dificultad las sitúa en las “vastas zonas de opinabilidad”- ¿Cuáles criterios deben prevalecer? Si todos los ciudadanos tienen igual valor esencial para la democracia, será menester recurrir a la votación y atenerse a la mayoría. La minoría puede, por supuesto, seguir conservando su juicio y hasta tratar de establecer, por los cauces legales, un cambio radical del *status* jurídico. Pero deberá respetar el acuerdo mayoritario, disciplinándose en la acción.

El pueblo no tiene, ni puede tener por naturaleza, un poder ilimitado. Ya hemos visto que no se puede poner a votación todo lo que se quiera. Ni el Estado es una sociedad anónima ni los ciudadanos son simples contratantes jurídicos. No le corresponde al pueblo decidir si va a haber o no una organización política. No hay un derecho a la anarquía, porque no hay derechos contra la naturaleza humana. No le toca al Estado formular una moral o un derecho natural porque las reglas morales y las normas jusnaturalistas están fuera y por encima del organismo estatal.

Sturzo señala tres límites insuperables de la democracia:

“1) *El cuerpo electoral no gobierna el país; designa a los que gobiernan el país.* No controla directa y técnicamente al gobierno, sino que ejercita un contralor moral y permanente a través de la renovación de los cuerpos electivos y por medio de las manifestaciones de la opinión pública; no precisa los planes de gobierno, sino que les da sus líneas a través de los programas de los partidos [...].

“2) Otro límite a la voluntad popular lo dan *las leyes morales naturales* [...]. Es cierto que, desde el punto de vista objetivo, una ley inmoral (que lesione la ley natural), sea ella emanada del rey o establecida por la voluntad del pueblo, no tiene valor de ley y no obliga en conciencia a los que están convencidos de su inmoralidad; así ocurrió entre los primeros cristianos al negarse a quemar incienso a los ídolos. Pero desde el punto de vista de la legalidad material, la misma voluntad soberana que la ha querido debe ser la que la suprime [...]. *El límite ético es intrínseco a la institución de la soberanía*, por tratarse de una institución humana y racional [...].

“3) El tercer límite está dado por la *misma naturaleza de la democracia*, que al actuar tiende a desarrollarse y a consolidarse. Como no faltan

concepciones político-sociales antidemocráticas cuando un régimen carece de estabilidad, el pueblo se pone una especie de límite al comprometerse a no violar el pacto que constituye la democracia. Este pacto se llama *Constitución* o *Estatuto*. Y para su protección existen órganos especiales que tienen el derecho de anular las leyes que pueden violarlo [...]. El principio consiguiente es que *la democracia tiene su límite en la misma voluntad popular*”(2). Los límites orgánico,- ético y político, antes señalados, son irrebasables e inextinguibles, Pero es preciso, sin embargo, educar al pueblo, dotarle de una conciencia de su responsabilidad y de los límites de sus facultades. Educación que supone una confianza en la bondad sustancial del hombre-pueblo.

Frente a los Estados personales que concentran el poder en una persona que no tiene que rendir cuentas a nadie, la democracia es un Estado de derecho. La autoridad descansa en todos los órganos estatales y es ejercida responsablemente por los diversos titulares de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. La autoridad, en la democracia, no es propiedad del gobernante, sino función política que se ejerce en beneficio de la comunidad. Diríase que todo el sistema democrático está preocupado por eliminar, hasta donde sea posible, la arbitrariedad.

En su origen, las sociedades políticas son siempre democráticas. Por ésta razón, Suárez afirma, contra el absolutismo regio: “Puede establecerse que el principal político viene inmediatamente de Dios y sin embargo ha sido encomendado a los reyes y a los supremos senados, no por Dios inmediatamente, sino por los hombres”(3).

Son los hombres de una comunidad política los que deciden la forma de gobierno. “Aunque la potestad política resulta necesaria y naturalmente en toda la comunidad desde el momento en que se congrega para formar un cuerpo social, sin embargo –advierte el doctor eximio–, no le corresponde a una persona determinada, sino que le toca de suyo a la comunidad el establecer el régimen (gubernativo) y aplicar la potestad a una persona determinada”(4). En este sentido cabe decir que la democracia es una institución cuasi-natural. Pero nosotros vamos más allá de esta valoración suareciana de la democracia, para afirmar, decididamente, que el régimen democrático es el más justo en

---

(2) Luigi Sturzo, *Fundamentos de la democracia*, ps. 33 a 37, Ediciones del Atlántico.

(3) Francisco Suárez, *Def. Fid.*, 3, 2, 3.

(4) Francisco Suárez, *De op. sex dierum*, 5,7,13.

cuanto que: 1) *garantiza al ciudadano su activa participación política*; 2) *evita el despotismo de los gobernantes*; 3) *permite la manifestación regular y ordenada de la opinión pública*; 4) *posibilita los virajes y reajustes convenientes y oportunos*; 5) *fomenta la nota característica y distintiva del hombre, la racionalidad*; y *por la racionalidad, la eticidad*; 6) *se adapta mejor a una sociedad fraccionada, con un pluralismo de valores*; 7) *reconoce la igualdad esencial de los hombres y favorece la estructuración y un funcionamiento del Estado de derecho*.

Antes de proceder a una seria revisión interna de la democracia contemporánea, antes de examinar las posibilidades de construir una nueva democracia (con autoridad más firme y con más idóneos sistemas representativos), es preciso estudiar concienzudamente el núcleo esencial de cualquier democracia auténtica. Ante todo hay que delimitar el ámbito de esta forma de gobierno. Ya por el hecho de que se trate, precisamente, de una forma de gobierno, estamos advirtiendo que la democracia tendrá que ser definida por el modo o estilo de ejercer la autoridad. *Democracia es una forma de gobierno que reconoce a los hombres una igualdad esencial de oportunidades para el ejercicio de sus derechos civiles y políticos y que cuenta con el pueblo para la estructuración del poder*. Implica, en consecuencia, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana, la subordinación del Estado al derecho, el respeto de los diversos puntos de vista, la intangibilidad de la vida privada, la legítima propiedad personal.

Yo no me atrevería a afirmar, como lo hace Silvio Frondizi, que “la democracia es la única forma de comunidad política que reúne las condiciones necesarias para cumplir con la verdadera finalidad para la que ha sido creado el Estado”(5). Cualquier forma de gobierno es legítima a condición de que realice el bien político temporal y tenga de su parte el consentimiento popular. Pero ninguna forma política de gobierno es más humana –hasta el grado de poder hablar, como lo hemos hecho, de una vocación democrática– y mas justa que la democracia.

---

(5) Para una mejor fundamentación de la presente antropología política, véase, del autor: *Filosofía del hombre. Fundamentos de antroposofía metafísica*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1957; *Hacia una filosofía integral del hombre* (Curso de Humanidades de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo de Santander, Madrid, 1960); *Ideario filosófico* (Centro de Estudios Humanísticos de la Universidad de Nuevo León, 1961).

Es posible que la democracia sea un gobierno de *amateurs*, en cuanto “la personalidad extraordinaria y fuera de lo normal no podrá nunca poseer la cualidad representativa decisiva para el gobernante democrático”, como lo advierte el actual catedrático de Teoría del Estado de la Universidad de Heidelberg; pero, en todo caso, el aspecto técnico de los asuntos puede quedar encomendado a un cuerpo administrativo competente. Lo decisivo es que el poder de los gobernantes esté cimentado en el pueblo, que las autoridades representen auténticamente a la comunidad. A mayor ratificación de la representación, mayor autoridad, y, a la inversa, mientras más se debilita el vínculo del gobernante con el pueblo, menos autoridad.

El hombre del pueblo porta valores humanos fundamentales. “*Nadie es más que nadie*, como se dice por tierras de Castilla. Esto quiere decir, en primer término –comenta Antonio Machado–, que a nadie le es dado aventajarse a todos sino en circunstancias muy limitadas de lugar y de tiempo, porque a todo hay quien gane, o puede haber quien gane, y en segundo lugar, que por mucho que valga un hombre nunca tendrá valor más alto que el de ser hombre”(6). Porque no ha dudado nunca de la dignidad del hombre, yo diría que la democracia puede hacer suyos, medularmente suyos, estos pensamientos de Antonio Machado. El hombre común del pueblo, que no es el hombre-masa, posee los valores humanos fundamentales y está interesado en el gobierno de su comunidad. Esto basta para que la democracia, como forma de convivencia humana, no le pueda desconocer. No sabrá decirnos, seguramente, si Grecia produjo una filosofía superior a la renacentista italiana, pero sí podrá tomar una decisión primordial en materia política. Aunque no sea un intelectual, sabe, por su experiencia, distinguir los valores fundamentales de la vida social cotidiana. ¿Acaso estas cualidades no bastan para otorgarle al hombre común del pueblo una moderada confianza?

El gobierno de la mayoría no impide, en la democracia, la existencia de minorías políticas que aspiren a constituirse en partido mayoritario. Minorías dotadas de derechos políticos. Minorías protegidas por el sistema democrático que supone un pluralismo ideológico y se finca en la tolerancia. *Por encima de la discordia ideológica está la concordia política democrática*. Puede haber desacuerdos en materia religiosa, cultural y económica, pero hay un acuerdo fundamental en reconocer a los hombres una igualdad esencial de oportunidades para el ejercicio de sus derechos civiles y políticos. La democracia es capaz de superar –lo ha probado históricamente– las diferencias

---

(6) G. Burdeau, *La democracia. Ensayo sintético*, ps. 120-121, Ediciones Ariel.

religiosas, nacionales e ideológicas. No pretende llegar, por la fuerza, a la unanimidad. Su comportamiento se parece a lo que los ingleses denominan “*fair play*” (juego limpio). Reconoce y acepta las diferencias de opinión.

¿Influye realmente el pueblo en la estructura y funcionamiento del Estado? He aquí una pregunta clave para enjuiciar un régimen político. Cuando la suma de los individuos de una colectividad política se organiza libremente como electorado, cuando participa en los partidos de su preferencia, cuando se expresa como opinión pública y origina la formación y la disolución de las clases dirigentes, estamos, inequívocamente, ante un régimen democrático. “Entre el régimen democrático y los regímenes autoritarios existe una diferencia:

En el primero, las *élites* se forman espontáneamente, libremente; son intercambiables o, por lo menos –advierte Luigi Sturzo–, no son fijas; se apoyan en el pueblo, que en los comicios elige sus propios representantes políticos y administrativos”(7). Lo sustancial es que el pueblo funcione como una “fuerza dinámica de moralización” a través de la libertad política dentro del orden. El pueblo participa en el poder –derecho cívico y libertad política– sin autorización graciosa de los gobernantes. Son los gobernantes los que tienen que legitimarse ante el pueblo, y no el pueblo el que debe procurar su legitimación ante los gobernantes.

Derechos civiles y derechos políticos –doble aspecto de la libertad– son esenciales a la democracia. Si todos los hombres están dotados de razón y de conciencia, si todos ellos tienen una igualdad esencial de origen, de naturaleza y de destino, es preciso considerarles libres e iguales en libertad y derechos. No es legítimo establecer distinciones en razón de raza, de color, de sexo, de lengua, de religión, de opinión política o de otro género, de origen nacional o social, de riqueza, de nacimiento o de otra condición impuesta sobre la base del estatuto jurídico-político del país o del territorio al que una persona pertenece. El derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, son imprescriptibles e inalienables. Nadie podrá ser tenido en estado de esclavitud, sometido a tortura o a tratos y punitivos crueles. Cada individuo tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, a una igual tutela de parte de la ley, a una efectiva posibilidad de recurrir a competentes tribunales nacionales contra actos que violen los derechos naturales. Ningún individuo podrá ser arbitrariamente arrestado, detenido o exiliado; ni

---

(7) Luigi Sturzo, *Fundamentos de la democracia*, ps. 33 a 37, Ediciones del Atlántico.

podrá ser sometido a interferencias arbitrarias en su vida privada, en su familia, en su casa, en su correspondencia, ni a lesiones a su honor y a su reputación. Las leyes, en materia penal por lo menos, no tendrán efectos retroactivos en perjuicio de alguna persona. La libertad de movimiento –dentro y fuera del Estado de origen–, el asilo político, el derecho a la ciudadanía, a la propiedad y al matrimonio corresponden a todo ser humano. Cada persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la libertad de opinión y de expresión; a la libertad de reunión y de asociación pacífica. Directa o indirectamente –por medio de representantes libres– toda persona tiene derecho de participar del gobierno de su país. Los empleos públicos de un país no son patrimonio de una clase determinada. La autoridad del gobierno tiene su fundamento próximo en la voluntad popular. Consecuentemente, las elecciones, periódicas y reales, expresarán esa voluntad. Para evitar represalias, es aconsejable el voto secreto. Derecho al trabajo, a la seguridad social, al reposo y a la distracción, a un nivel de vida decoroso, a fundar sindicatos y adherirse a ellos. Derecho –y deber– a la instrucción elemental gratuita, a la protección de los derechos de autor –morales y materiales– derivados de cada producción científica, literaria y artística; derecho de tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, de gozar de las artes y de participar del progreso científico y de sus beneficios. Derecho de prioridad, para los padres, en la elección del género de instrucción a impartir a sus hijos. No se puede suprimir estos “Derechos del Hombre”, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, sin herir la raíz misma de la democracia. Por ser estos derechos naturales y universales, no pueden ser negados a nadie.

En una democracia sana, todos los adultos, mayores de edad, disfrutan de la capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos. La noción de pueblo se extiende a todas las categorías y clases sociales. Todas ellas están unidas, como diría Francisco Suárez, “por especial voluntad o común consentimiento en un vínculo de sociedad para ayudarse mutuamente en orden a un fin político”. Sin unión, sin colaboración de clases, no se puede dar ni concebir, ya no digamos la democracia, sino el Estado mismo. El proceso de democratización política empieza por afirmar el derecho inalienable de la comunidad a gobernarse por sí. Nadie puede mantener sus privilegios contra este derecho. De ahí que el proceso de democratización política debe ser acompañado de un paralelo proceso de democratización económica. ¿Qué significado y valor puede tener el derecho de libre iniciativa en el campo económico, para quienes carecen de lo necesario? Nadie puede negar, sensatamente, el derecho del Estado a intervenir en la vida económica del país, a condición de que no lesione ni haga nugatoria la libertad económica fundamental. Dentro del mar-

co legal, la formación de “élites” políticas y económicas emerge libremente en la democracia. No se trata de castas sino de núcleos mutables y sustituibles. Estos núcleos surgen del pueblo. Porque cada hombre del pueblo tiene, en la democracia, capacidad jurídica de participar en el ejercicio de las funciones del poder público. La libertad de crear partidos e instituciones políticas, el derecho a elegir y a ser elegido para los cargos políticos no puede perderse, en un sistema político, sin acabarse, al mismo tiempo, el carácter democrático del régimen. No basta, en consecuencia, una tutela predominantemente negativa de los derechos del hombre; se requiere una política positiva de promoción. De nada sirve proclamar, en una Declaración de Derechos o Constitución, que los derechos fundamentales o naturales del hombre son inalienables, inviolables e imprescriptibles, si no se promueve un clima social de respeto y si no se garantizan los derechos, con medios procesales idóneos. Hay que crear las condiciones indispensables para que los hombres puedan ejercer efectivamente sus derechos. Las situaciones concretas de los pueblos acaban por configurar la estructura de los Estados. Todo lo demás es ficción jurídica, poética legislativa.

No se puede concebir la democracia –por lo menos la moderna y la contemporánea– sin la opinión pública. Toda actuación política requiere, para su éxito verdadero, y no sólo aparente, del apoyo de la opinión pública.

La opinión pública se expresa en la prensa, en la radio, en la televisión, en las reuniones públicas, en los partidos políticos, en los acuerdos de las sociedades y asociaciones, en las conversaciones de café, y hasta en

las corridas de toros. No se trata de la suma de todas estas opiniones – a veces divergentes– vertidas en tan diversos lugares. A pesar de la variedad en los vehículos de expresión, la opinión pública como “opinión” –no voluntad, ni convicción, ni fe– del público, en su inmensa mayoría, es algo sencillo, definido, expreso. Algo que no puede ser creado artificialmente, ni sometido, ni anulado. Se la puede, es verdad, estimular, frenar y hasta maniatar – como en las dictaduras–, pero lo que resulta imposible es anonadarla, sofocarla en los espíritus. Está hecha no sólo de razón, sino de sentimiento, instinto, esperanza, simpatía o antipatía. Podemos tratar de clarificarla, de racionalizarla –primado de dirección del “logos” sobre el “ethos”–, pero nunca desaparecerá, del todo, un cierto fondo irracional.

A los gobernantes –si son demócratas, por supuesto– les interesa saber cómo se conducirá el pueblo en caso de elecciones. De ahí ese constante auscultar la opinión pública, y hasta los mismos dictadores temen a la opinión

pública, puesto que se dedican, con verdadero denuedo, a la propaganda. ¿Qué sentido tendría la propaganda si no se temiese la irrupción violenta y subterránea de la opinión pública?

A diferencia de las opiniones privadas, la opinión pública está presente y constante en el ámbito común. La publicidad operante de este tipo de opinión posibilita su disponibilidad. Se puede recurrir a la opinión pública como se puede recurrir a los tribunales, porque la opinión pública *consta* en alguna forma. Hay modos de sondear la opinión. Interrogando un número selecto de personas, según un método riguroso, se puede saber la opinión de toda una ciudad. En nuestro continente se ha practicado el sondeo de la opinión, una semana antes de las elecciones, con un resultado cierto y casi exacto. La aproximación de un dos a un tres por ciento nos permite conocer, con bastante certeza, la opinión pública de un pueblo. Las encuestas son practicadas dividiendo a la población –masculina y femenina, urbana y rural, clases profesionales, edades, regiones geográficas, religiones, etc.–, y sobre la base de que las opiniones son muy homogéneas –uniformes, prácticamente– en cada medio social. Es claro que estos sondeos no permiten muchos matices y sólo se aplican a casos simples que se contestan con un “sí” o un “no”. Adviértase, además, que la opinión pública, sobre todo en países de alta educación y fina sensibilidad política, no es estática, ni uniforme, sino dinámica y varia. Aun así, el método del sondeo de la opinión, mediante encuestas apropiadas, abre magníficos horizontes al futuro desarrollo de la democracia.

Los Estados policiales obtienen la uniformidad del pensamiento –cuando la obtienen– a costa de la libertad y de la dignidad humanas. Emplean el terror y la intimidación; inventan enemigos –interiores y exteriores– que tratan de socavar el orden; mantienen al pueblo en estado de sujeción permanente, so pretexto de protegerle.

La democracia, obra de los ciudadanos, exige políticos. No hay escuelas de democracia que enseñen estos deberes, pero hay leyes que castigan a quien olvida o rehúsa su cumplimiento. No basta cumplir las leyes, pagar los impuestos y pasar por el servicio militar obligatorio. La democracia nos pide cultura política y abnegación, espíritu dialógico y tolerancia, respecto a las libertades y participación activa en la vida política. El camino a los más altos puestos de gobierno está abierto en toda democracia no corrompida. La felicidad del pueblo –hasta donde es posible lograrla– está en las manos del mismo pueblo. Las virtudes políticas populares trascienden a la dirección del Estado. Cuando decaen y se disuelven estas virtudes no nos extrañamos de que la vida política estadual sufra las consecuencias. Y habría que recordar,

también, que “difícilmente será buen ciudadano quien no sea –como apunta Pablo Doumer– hombre de honor, esposo honrado y padre ejemplar, ya que la honradez, fuerza de voluntad, valor, probidad y tolerancia, base de la felicidad doméstica, son también condiciones indispensables para formar un buen político”(8). A estas condiciones éticas exigidas por la democracia, cabe agregar la exigencia económica de un justo equilibrio entre los hombres de un pueblo que ofrezca a cada cual la posibilidad de hacer valer eficazmente su participación en la vida política.

La democracia no es una utopía. Tampoco es un don gratuito. Trátase de una obra humana perfectible. La democracia en acción –dejémoslo claramente establecido– es incompatible con el mimetismo conformista de los regímenes totalitarios.

La sociedad no es una mera suma de individuos. Tampoco un conjunto de sujetos autónomos no obligados mas que a obedecerse a si mismos. Las libertades de las personas no son absolutas; de ahí que la doctrina social de la Iglesia haya rechazado siempre el concepto de democracia derivado del liberalismo.

La decisión de la mayoría no es el único criterio válido de verdad y de rectitud. Hay principios éticos superiores que no puede vulnerar la llamada soberanía popular. La autoridad proviene siempre, en última instancia, de Dios. Pero esa procedencia primera no implica, en manera alguna, que los gobernados no tengan que dar cuentas de sus actos a la comunidad.

Séame permitido seleccionar algunos textos de la doctrina invariable del Magisterio Pontificio, en relación a la democracia y a la participación política:

“Es importante advertir en este punto que los que han de gobernar los Estados pueden ser elegidos, en determinadas circunstancias, por la voluntad y juicio de la multitud, sin que la doctrina católica se oponga o contradiga esta elección. Con esta elección se designa al gobernante, pero no se confieren los derechos del poder. Ni se entrega el poder como un mandato, sino que se establece la persona que lo ha de ejercer. No se trata en esta encíclica de las diferentes formas de gobierno. No hay razón para que la Iglesia desapruuebe el gobierno de un solo hombre o de muchos, con tal que ese gobierno sea

---

(8) Pablo Doumer, *El perfecto ciudadano*, p. 169, Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid.

justo y atienda a la común utilidad. Por lo cual, salvada la justicia, no está prohibida a los pueblos la adopción de aquel sistema de gobierno que sea más apto y conveniente a su manera de ser o a las instituciones y costumbres de sus mayores” (León XIII, *Diuturnum illud*, 4).

“Del hecho de que la autoridad derive de Dios, no se sigue el que los hombres no tengan la libertad de elegir a las personas investidas con la misión de ejercerla, así como de determinar las formas de gobierno y los ámbitos y métodos según los cuales la autoridad se ha de ejercer. Por lo cual, la doctrina que acabamos de exponer es plenamente conciliable con cualquier clase de régimen genuinamente democrático” (Juan XXIII, *Pacem in Terris*, 52).

La expresión de su Santidad Juan Pablo II: “El pueblo es soberano de su propia suerte” (*Redemptor hominis*, 17), significa el “ejercicio del poder mediante la participación moral de la sociedad o del pueblo” (ibídem, 17), y que éste no puede ser obligado a aceptar “la imposición del poder por parte de un determinado grupo a todos los demás miembros de la sociedad” (ibídem, 17).

“El sentido esencial del Estado como comunidad política consiste en el hecho de que la sociedad y quien la compone, el pueblo, es soberano de su propia suerte. Este sentido no llega a realizarse si, en vez del ejercicio del Poder mediante la participación moral de la sociedad o del pueblo, asistimos a la imposición del poder por parte de un determinado grupo a todos los demás miembros de la sociedad. Estas cosas son esenciales en nuestra época, en que ha crecido enormemente la conciencia social de los hombres y con ella la necesidad de una correcta participación de los ciudadanos en la vida política de la comunidad, teniendo en cuenta las condiciones de cada pueblo, y del vigor necesario de la autoridad pública” (Juan Pablo II, *Redemptor hominis*, 17).

Examínese la doctrina socio-política de la Iglesia imparcialmente, objetivamente, a la luz de la recta razón, y se advertirá su equilibrio sin par, su verdad resplandeciente. Los filósofos y juristas cristianos podemos denominar a la doctrina social de la Iglesia –doctrina de moderación–, equidistante del individualismo y del totalitarismo, *solidarismo cristiano*.

La aplicación del cristianismo social queda librada a la responsabilidad de los laicos. La Iglesia se limita a señalar los principios morales sin los cuales es imposible resolver la cuestión social. Como guardiana de la moral

no puede desinteresarse de las condiciones sociales en que viven los hombres. Enseña el ideal evangélico de justicia, de paz y de amor; propone el espíritu de pobreza, abnegación y sacrificio en la marcha hacia el ideal del orden social; pero no formula un plan concreto de reformas sociales. Toca a los cristianos elegir y realizar las técnicas económicas y sociales. Desde la primitiva comunidad cristiana de Jerusalén hasta nuestros días, el movimiento social cristiano –pensamiento y acción– ha producido frutos generosos y fecundos. Frutos prendidos al árbol evangélico, con el inconfundible sabor de la justicia, de la caridad, de la pobreza, de la paz y de la disponibilidad.





## LOS SUPUESTOS FÁCTICOS DEL CAMBIO DE LA JUSTICIA EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

Por Efraín I. Quevedo Mendoza

### I. Metodología científica del análisis que se realiza

1.- Proyectar el Poder Judicial hacia el futuro cercano que espera el siglo XXI constituye una de las tareas de mayor alcance que hoy puede proponerse al jurista, al sociólogo o al político, y una de las más elevadas contribuciones a la reforma del Estado que ansía la humanidad para el próximo centenio. Ese delicado espíritu que caracterizaba la personalidad de Pablo Ramella, a quien emocionadamente recordamos hoy, clamaba en uno de sus últimos libros por la restauración del “imperio de la justicia” y exigía “elevatorla de nuevo a la categoría de poder” de donde fue destituida por “corrientes ideológicas materialistas y pujantes”(1). Esta honda preocupación reciente de Ramella tiene raíz ancestral en muy antiguas y profundas reflexiones que los pensadores de todos los tiempos han dedicado a la justicia; incluso, el filosofismo del “siglo de las luces”, muestra la originaria preocupación de Voltaire sobre el orden judicial, reclamando reformas que mejoraran la vida social, abolieran las torturas, impusieran la justa graduación de la pena e instituyeran al jurado en los tribunales. Sin embargo, el clamor de Ramella, manifestado en nuestros días, sintoniza, particularmente, con severos análisis que, al promediar el siglo que ahora finaliza, provenían de atentos juristas argentinos (2) y extranjeros (3) y que aún hoy pueblan las páginas de las

---

(1) Pablo A. Ramella, *La estructura del Estado*, 2ª ed., San Juan, 1993, distribuida por Ed. Depalma, p. 342.

(2) J. Ramiro Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Ediar Soc. Anón., Bs. As., 1963, ps. 340

publicaciones especializadas (4) y se extienden incluso a otras de mayor espectro cultural (5).

No cabe dudar, entonces, de que una de las máximas preocupaciones del hombre de hoy, en su proyección al futuro inmediato radica en la justicia, en el Poder Judicial, que atraviesa por circunstancias inéditas, se desenvuelve frente a fenómenos sociales de muy difícil comprensión y, pese a todo, de su desempeño se espera una gran parte del bienestar y de la paz que se buscan con ansiedad y casi desesperación, dentro del laberinto que ha creado la crisis política (6).

2.– Paralelamente a esa preocupación se percibe, sin embargo, en el mundo entero (7), pero con más evidencia en el nuestro (8), una marcada desazón por el funcionamiento de la Justicia y una cierta sensación de impotencia frente a algunos problemas que parecen insuperables, como es el del

---

a 348; también, David Lascano, *Jurisdicción y competencia*, Ed. Kraft Ltda., Bs. As., 1941.

(3) Piero Calamandrei, *La crisis de la Justicia*; y Francesco Carnelutti, *La muerte del Derecho*, en *La crisis del Derecho*, trad. Cheret–Sentís Melendo, Ejea, Bs. As., 1961. Es clásico ya en nuestro medio el análisis de Arthur T. Vanderbilt, *La justicia emplazada a reformarse*, trad. Benites–Clavell Borrás, Ed. Roque Depalma, Bs. As., 1959.

(4) Morello y Berizonce, *Formación de jueces y abogados. La especialización*, en “Diario de JA.”, n° 5874, del 30/3/94, afirman que “ciertos datos de la realidad actual alertan sobre el fracaso del sistema judicial actual, en su misión de satisfacer las diferentes pretensiones de tutela que plantean los ciudadanos y litigantes”. José Roberto Dromi, desde una perspectiva constitucional, viene advirtiendo, desde hace ya más de diez años, que “asistimos en las últimas décadas –en el orden existencial– a un paulatino y progresivo debilitamiento y consecuente desjerarquización” del Poder Judicial (*El Poder Judicial*, Ed. UNSTA, Tucumán, Argentina, 1982, p. 31); últimamente este autor ha vuelto sobre el tema, en la obra que citamos más adelante. Dos distintos enfoques de la crisis judicial, informados por muy diferentes modos de analizar la realidad jurídica, pero igualmente demostrativos de la profunda preocupación que el fenómeno ha suscitado en todos los sectores vinculados al estudio y a la práctica del derecho, se los puede ver en dos obras recientemente aparecidas: una de Eugenio R. Zaffaroni, *Estructuras judiciales*, Ed. Ediar, Bs. As., 1994; y otra de Marcelo Antelo, Ed. Tripaco, La Plata, 1993. Desde España nos acota Valeriano Hernández Martín, que “ya es casi un tópico hablar de la crisis de la Administración de Justicia o del Poder Judicial, su

excesivo número de litigios que agobia a los tribunales y la inadecuada organización de éstos que no logra contener, por encima de los esfuerzos desplegados, ese desborde moderno de la sed de justicia que naturalmente impulsa al espíritu humano.

3.— Entre los innumerables e inesperados problemas con que se encuentra quien recorre los caminos que conducen a la percepción de aquella realidad y de sus causas y efectos, y quien asume —no sin una gran dosis de valentía— la grave responsabilidad de sugerir algunas vías de solución, nosotros sólo nos haremos cargo aquí de los que tienen relación con el diagnóstico de la grave situación social descrita, dejando para otra oportunidad los que se vinculan con los modos de superar el empinado escollo. Entre los primeros nos han ocupado aquí los que se originan en ciertas actitudes sociales, conductas del grupo, que en su proclamado afán de alcanzar una justicia más eficaz terminan obstaculizando el normal desarrollo de ella y dañando seriamente su imagen.

---

situación ha sido descrita con dramática y expresiva frase como “calma agónica” (*Independencia del juez y desorganización judicial*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 19).

(5) Basta leer a diario la prensa escrita para advertir hasta qué punto la cuestión sigue preocupando hondamente.

(6) Enrique R. Aftalión, *La Constitución formal y los factores reales de poder*, en Boletín “La Ley”, Bs. As., 26/7/62, señala: “la crisis política argentina es una crisis de autenticidad, cuando no de insuficiencia de las instituciones legisladas, para hacer frente a condiciones sociales y económicas que en los tiempos de la organización nacional no podían ser previstas”.

(7) En el lugar citado en nota 3, Calamandrei se refería a la “general crisis de civilización que aflige hoy a las sociedades y los Estados”, la cual repercute y se manifiesta en el momento de la aplicación práctica del derecho requerida a los jueces”; a su turno, Cernelutti era más drástico refiriéndose a la “muerte del derecho”.

(8) Uno de los más agudos analistas de nuestra realidad judicial y entusiasta constructor de la justicia futura, ha hablado recientemente del “desencanto de una situación terminal”, señalando “los desacoples funcionales, tardanzas y rémoras” como “evidencias” de la “indetenible profundización de la brecha entre la teoría del proceso y la realidad de la prestación del servicio de justicia” (Augusto M. Morello, *La reforma judicial*, Ed. Abeledo-Perrot Bs. As., 1991, p. 7).

Hemos creído que los graves problemas que afectan al Poder Judicial, como la escasez de recursos, el exceso de litigios, la falta de una adecuada preparación de quienes ingresan, el alto costo del servicio, el atraso en los medios técnicos que se utilizan para la prestación de la función, etc., vienen siendo denunciados por la doctrina universal (9) y saltan a la vista de teóricos y prácticos del derecho como de la sociedad en general. Sin embargo, no es fácil de percibir y de hecho no forman parte de los análisis que corrientemente se realizan de la realidad judicial (10), permaneciendo, por tanto, relegados en la conciencia social, ciertos hechos que se traducen en actitudes comunes hacia el Poder Judicial, constantemente asumidas por los miembros del grupo, revestidas de un halo de escepticismo y hasta pesimismo, que perjudican la estima que el grupo siempre guardó por la justicia y en la cual se sustenta gran parte de la autoridad ética con que ésta hace valer sus mandatos y su poder (11). Individualizar estas conductas y poner de manifiesto los efectos perniciosos que se siguen de ellas puede contribuir al objeto común de mejorar la administración de justicia.

---

(9) Ver: Moreilo–Berizonce–Hitters–Nogueira, *La Justicia entre dos épocas*, Ed. Platense S.R.L., La Plata, 1983. Ultimamente ha abordado el problema José Roberto Dromi, en *Los jueces*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1993. Una propuesta novedosa formula en nuestros días Zaffaroni, en ob. cit., ps. 13 y ss., para quien las referencias a “los defectos personales de los jueces” y a las “carencias materiales” del Poder Judicial, así como a las “leyes procesales obsoletas”, no hacen más que “eludir el problema” e “impedir el debate serio sobre la selección de los jueces y el gobierno y distribución orgánica de funciones del Poder Judicial”; como surgirá del texto, por nuestra parte y guardando el debido respeto a la alta jerarquía científica del autor citado, preferimos no descartar los factores señalados como causantes de la crisis actual, aunque pensamos que la investigación, agotada en ese terreno, debe profundizarse hacia causas no tan evidentes.

(10) E. H. Perreau, en la “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, t. XI, p. 609; Albert Wahl, en la “Revue” citada, t. VII, p. 659; Salvador Fornieles, *Notas de jurisprudencia*, Ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1922; Felipe S. Pérez, *Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y facultades impositivas de las provincias y municipalidades*, Ed. Ideas, Bs. As., 1943; Salvador María Lazada, *La Constitución nacional anotada*, Ed. A. Peña Lillo, Bs. As., 1961, y *Derecho constitucional argentino según el método de casos*, Ed. Abeledo–Perrot, Bs. As., 1972; Segundo V. Linares Quintana, *La Constitución interpretada*, Ed. Roque Depalma, Bs. As., 1960. En este punto convenimos plenamente con Zaffaroni, ob. cit., p. 19, en que “salvo excepciones, no puede hablarse de un verdadero desarrollo teórico del

4.– La formación de un diagnóstico acertado es la base para someter al Poder Judicial a un intensivo tratamiento terapéutico que extirpe definitivamente la grave patología que lo aqueja; con un organismo sano no será difícil proyectar su crecimiento. Es necesario, sin embargo, no confiar demasiado en la evidencia de los síntomas, puesto que podemos caer en el error de creer en la facilidad de la tarea de diagnosticar, perdiendo de vista hechos que convergen a causar el mal con mayor fuerza que otros de fácil observación. El Poder Judicial maneja una técnica de control social (el orden jurídico) y, por tanto, además de estar integrado por miembros del grupo controlado (jueces y auxiliares), recibe la influencia de los fenómenos que tienen lugar en la sociedad tanto como proyecta en ésta su propia eficacia (poder), de suerte que participa, incuestionablemente, de la complejidad e insondabilidad que caracteriza a los hechos sociales, lo que obliga al observador a ser sumamente cauteloso en el análisis y extremadamente prudente en la elaboración de las conclusiones.

5.– Esta contribución pretende aportar alguna dosis de claridad a aquellos sectores oscuros (“agujeros negros”) de esta intrincada realidad del Poder Judicial, que viven la gran mayoría de los operadores jurídicos pero que pocos se detienen a analizar. Con el objetivo propuesto en el párrafo 3, compartimos la metodología de nuestro erudito y entrañable amigo, para iniciar nuestro estudio con “los aspectos sociológicos que ofrece la realidad constitucional argentina”, para seguir con los “aspectos axiológicos que la conducta humana crea y que repercuten en las estructuras constitucionales, para in-

---

tema en América Latina. Se han realizado estudios sociológicos, pero no hay una tradición de “sociología judicial” en la región”.

(11) Desde este aspecto ético de la justicia aborda nuestro homenajeado el tema, cuando, en la obra citada, comienza recordando que “la independencia de la justicia y su estimación como poder” parecía un “concepto consagrado” (Ramella, ob. cit., en notas, p. 342). También, Augusto M. Morello pone de manifiesto, parafraseando el editorial del matutino “La Nación” del 9/7/84, la trascendencia de esta faceta inexplorada de la función judicial, al señalar que “es necesario tener en cuenta que en todo grupo humano organizado para cumplir una función social específica, son de singular gravitación los factores psicológicos que motivan el comportamiento de sus integrantes. Entre ellos, por una parte, la consideración y el aprecio recibido de los demás miembros de la sociedad, en señal de reconocimiento por la tarea que cumplen; por otra parte, la autorrealización que significa el ser participe de una función trascendente para la obtención del bien común” (*La reforma...*, cit. en nota 8, ps. 160 y 161).

cidir en lo político y lo jurídico”. Para ello, “nos alejamos de plegar nuestro pensamiento a los hechos cambiantes, y nos reclinamos por renovar la moral y los principios rectores de la inteligencia, que perduran” (12).

## **II. Demandas sociales de la comunidad horizontal y la autoridad del magistrado**

6.– La primera mirada se dirige a lo que podemos denominar la “judicialización” (otros prefieren: juridización) de la sociedad moderna. Este fenómeno se forma paralelamente a la desvalorización de la ética social y de las reglas del trato; el hombre moderno resiste la sujeción a un orden moral objetivo y permanente y a normas de cortesía demasiado rígidas. Pero, como la sociedad crece y se complica en grado sumo, se hace más necesaria la existencia de controles sociales que eviten el desborde y su consecuencia: el caos; sólo queda la norma jurídica y su máximo operador, el juez, como reserva de la sociedad para asumir la tarea elemental de ordenarla y asegurar su subsistencia. La sociedad remite al orden jurídico la definición y la tutela de sus intereses básicos; pero, también, la de los valores éticos y sociales sin los que no resulta posible la convivencia. Frente al conflicto, que lesiona los intereses tutelados por la norma jurídica y pone en peligro la subsistencia de los valores sobre los cuales se sustenta el orden social, la sociedad espera del juez, continuador de la obra (jurídica) iniciada por el legislador, una respuesta oportuna y adecuada que ponga orden en la conducta de los miembros del grupo y termine por imponer aquellos valores que informan las exigencias normativas.

Ante cada situación social que conmueve el espíritu del grupo y pone en peligro el orden sobre el cual asienta su existencia –y en nuestro país hemos vivido muchas durante los últimos años–, es fácil constatar la reacción

---

(12) Pablo A. Ramella, *Derecho constitucional*, ed. del autor, distribuido por Depalma, 3ª edición, Bs. As., 1985, Ps. 3 y 4; Pablo A. Ramella, *La estructura del Estado*, 1ª ed. del autor, Impreso en Talleres Gráficos de Enrique L. Frigerio, Bs. As., 1946, Prólogo del 25/5/45, ps. 1, 2 y 4; Pablo A. Ramella, *La conferencia de Punta del Este*, en “Revista de Estudios Políticos”, nº 121, enero–febrero de 1962, Madrid, p. 187, nota 1, en coincidencia con Herman Heller, *Teoría del Estado*, Ed. F.C.E., México, 1942, ps. 27, 28, 40 y ss., 45, 72, 73, 125 y 240; etc. Una metodología distinta es la que informa el análisis de Antelo en ob. cit., Ps. 17 a 33, la cual lo lleva, creemos, a apasionarse en exceso y perder de vista ciertas motivaciones ocultas que pueden hacer cambiar el sentido de los hechos que con notable sensibilidad percibe.

social –muchas veces guiada por los medios de comunicación, cuyo papel decisivo en el devenir social sería ocioso poner de relieve– que vuelve su mirada al Poder Judicial a la espera de una decisión –que generalmente debe ser rápida– demostrativa de la vigencia y del imperio de la ley, a la cual, como vimos, se le asigna el rol de definir las máximas valoraciones de la sociedad. La conciencia social descansa así en el juez y toda valoración se difiere a la esperada decisión judicial, comprobándose el acierto de Sentís Melendo cuando advertía que “importa tener buenas leyes, pero más que ello importa tener buenos jueces”.

7.– Esta honda expectativa social en los resultados de la decisión judicial adquiere ribetes de angustia para el juez, que aparece colocado en el centro del escenario político e institucional, desde donde el derecho desarrolla su papel rector de las conductas sociales (13). Es que también la ciencia y la técnica del derecho han erigido al juez en la piedra de toque de la función jurídica que debe cumplir el Estado en la sociedad. La denominada “crisis de la legalidad” (14) ha derivado, entre otras cosas, en la elevación de la figura del juez a la jerarquía de verdadero formulador del derecho en el caso concre-

---

(13) Pablo A. Ramella, *La estructura del Estado*, 1ª ed. del autor, Impreso en Talleres Gráficos de Enrique L. Frigerio e Hijo, 1ª ed., Bs. As., 1946, p. 395, transcribe la acordada 3/2/45 de la Suprema Corte de Tucumán –diario de “J.A.” del 17/2/45–, para explicar que el nombramiento del juez por un poder político –P.E. en el caso argentino– no le crean dependencia o subordinación: “las obligaciones del Poder Judicial emanan de la esencia de la función judicial y del ordenamiento jurídico y no pueden hacerse depender del carácter de la autoridad de que procede el nombramiento, ni de la oportunidad en que éste se haya producido”. Cabe advertir que en la Argentina no rige en el sistema constitucional el “*establishment*” de Gran Bretaña, ni las “400 familias” de Francia. Coincide en este diagnóstico Zaffaroni, al preguntarse por las causas de la “sensación” de “crisis” que vive el Poder Judicial en América Latina y responder “que uno de los factores más importantes es la creciente demanda de protagonismo dirigida a los judiciales latinoamericanos”, frente a la cual “las estructuras judiciales se ampliaron –en algunos casos y no lo suficiente, acotamos nosotros–, pero no se realizaron los cambios cualitativos necesarios para adaptarlas a las nuevas conflictividades que hoy debe enfrentar” (ob. cit., ps. 16 y 18; la acotación entre guiones, como lo destacamos, nos pertenece).

(14) Decía Calamandrei, en la ob. cit. en nota 3, que se puede hablar de “crisis de la legalidad” en aquellos períodos en que “el juez se ve constreñido a aplicar leyes que ya no corresponden a la conciencia social. Entonces el

to (15) y de acompañante de las partes en la tarea de componer el litigio (16), de suerte que, frente al conflicto intersubjetivo que genera un desorden social, le toca al juez definir las reglas (procesales) que deben seguirse para la superación de aquél –puesto que el legislador le confía cada vez más esta misión–, y también las normas (sustanciales), conforme a las cuales deberá componerse el entuerto –puesto que el legislador expide leyes cada vez más elásticas e imperfectas–.

Por otro lado, hay estructuras sociales sometidas a una regulación jurídica que impone, en todos los casos, la intervención del juez, cuando otros modos de reglamentación evitarían aquélla y permitirían a los propios sujetos integrantes del grupo resolver autónomamente sus conflictos. Esto es lo que ocurre con instituciones como la familia, en la que las relaciones entre sus miembros (esposos e hijos) cuando entran en conflicto (diferencias conyuga-

---

juez –agrega– es llevado a convertirse, de servidor de la ley, en crítico de la misma”; Carnelutti, en la ob. cit. en la misma nota 3, prefiere hablar de “hipertrofia de la ley”, a la que caracteriza, básicamente, por “la multiplicación de las leyes jurídicas” y por la incapacidad de la ley para seguir “el ritmo vertiginoso de la vida moderna”, perdiendo rápidamente el “título [...] en términos de justicia como en términos de certeza”; esa hipertrofia desemboca, según el ilustre jurista italiano, en un fenómeno de “desobediencia” no sólo de los destinatarios de la ley, sino del propio juez “sobre el cual operan complejos estímulos para aflojar los lazos que lo vinculan al sistema”.

(15) Quien ha descrito este fenómeno con mayor precisión, ubicándolo en el marco de una nueva concepción de la función judicial adecuada a las exigencias de nuestra época, es Augusto M. Morello, que comienza por destacar que “el esfuerzo, como se verifica en la mayoría de los emprendimientos científicos, pone el centro de reflexión sobre la metamorfosis de la figura fundamental bajo la cual se presenta el derecho: el juez”, para acotar más adelante que “el juez ya no es el aplicador pacífico de reglas y principios preestablecidos; él colabora con la puesta en obra de las finalidades sociales y políticas”, “el juez opera como un agente de cambio social que en todos los casos se esfuerza en anticipar los resultados prácticos de su decisión” (*La Corte Suprema en acción*, Ed. Librería Editora Platense – Abeledo–Perrot, Bs. As., 1989, Ps. 13 y 31). Con énfasis señala también V. Hernández Martín, que “los hechos parecen dar la razón a los judicialistas cuando afirman que la jurisprudencia es fuente del Derecho, incluso que es la única fuente. Sostener otra cosa es cerrar los ojos ante una realidad innegable [...], no se puede negar en el plano teórico el hecho de la creación judicial del derecho” (ob. cit. en nota 4, p. 125).

les o entre padres e hijos) sólo pueden recomponerse sometiéndolas al criterio judicial, pues la ley ha impreso en aquélla una estructura horizontal (de igualdad entre sus miembros) que le ha privado de una autoridad propia (interna) capaz de resolver con autonomía los conflictos que se susciten en su interior (17). Algo similar ocurre con la crisis económica de la empresa (18) y también, en materia de contratos (19), y en muchos otros campos del derecho que no es del caso detallar minuciosamente.

Agrava más la posición del juez el hecho de tener que sentenciar sobre actos o hechos colectivos o difusos, que al afectar indiscriminadamente los intereses de la comunidad modifican los efectos particulares de la sentencia y los extiende más allá de las partes, creando una solidaridad procesal entre ausentes, y aumentando la responsabilidad del magistrado. Por esta otra vía,

---

(16) También Morello es quien ha introducido en nuestro medio la idea de “jurisdicción de acompañamiento”, caracterizada por privilegiar “la eficacia de la intervención judicial, su rapidez, su flexibilidad. El contacto informal con la justicia es preferible a las reglas rituales de los actos [...]. El proceso se organiza de tal modo día por día, al servicio de las necesidades [...]. El juez [...] no está ligado por ningún sistema tipo a fijar los avances del proceso” (*La Corte Suprema...*, cit. en nota 15, Ps. 33 y 34).

(17) El caso de la institución familiar es típico, a raíz de la generalización, en la legislación comparada, del divorcio y de la patria potestad compartida por los cónyuges; las consecuencias que tales técnicas de regulación producen en orden a la composición de los conflictos que tienen lugar dentro del grupo familiar, fueron advertidas en Francia, a raíz de la sanción de la ley del 11 de julio 1975, que instituyó los “juzgados de los asuntos matrimoniales”, destacándose que se produce “la extensión del control social sobre la familia que aparece como “colonizada por la sombrilla de una excesiva tutela”, de modo que la (familia) patriarcal no es destruida sino al precio de un patriarcado del Estado” (François OST, citado por Morello, en *La Corte Suprema...*, cit. en p. 17, nota 13).

(18) Aunque ya se han levantado voces contra esta “judicialización” de las crisis empresariales, como la de Alfredo J. Di Iorio, quien, en *Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales*, “Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, nº 24, Ed. Depalma, Bs. As., 1988, p. 539, protesta contra aquel fenómeno en la órbita del derecho concursal en cuanto arrastra “a la jurisdicción a jugar un papel que no le es propio, como, desaprensivamente, ha venido ocurriendo hasta ahora

(19) Ver: Augusto M. Morello, *La adecuación del contrato*, Ed. Librería Platense, La Plata, 1994.

la sociedad aspira a mantener el orden jurídico, que en su pretensión de generalidad ha contribuido a la “crisis de coactividad de la ley” (20), y revalorizado lo que Carlos Cossio enseñó al considerar al juez como un hecho del orden justo (21). Y ello ocurre, porque como recuerda Karl Loewenstein, “la democracia constitucional del siglo XX se enfrenta a la alarmante indiferencia de los destinatarios del poder ante la tradición gubernamental y normativa” (22).

Dificultando aun más la situación institucional del juez, la errónea concepción de la libertad que desprevénidamente se ha informado en la comunidad, como un derecho individual sin su correlativo deber, ha ido produciendo la relajación progresiva de los atributos virtuales de la autoridad (23). A ello se ha unido un concepto emotivo de democracia, que no admite jerarquías, reniega de cargos públicos de por vida, exige una participación directa en el gobierno al extremo de no creer que el bien común pueda ser decisión de los representantes políticos y, en fin, es proclive a creer que la igualdad no es sólo ante el derecho, sino una regla del orden natural (24). De seguir este énfasis anacrónico con el estadio de la civilización, no se alcanzará a comprender la luminosa sentencia de Couture: “la justicia no es sólo un continente, por su interior corre la vida humana, entrañable y dramática, como que en ella se va decidiendo a cada instante el destino mismo del hombre” (25).

8.– Sea a causa de los nuevos roles que una moderna concepción de la función judicial le asigna, sea a raíz de los diferentes campos que el orden jurídico deja bajo la tutela del Poder Judicial, el hecho es que el juez ve hoy

---

(20) Miguel Angel Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, t. II, ps. 479 a 486.

(21) Carlos Cossio, *Las lagunas del derecho*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1942, p. 34, “el mismo juez es también un dato del ordenamiento jurídico y con tal carácter lo integra”.

(22) Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, edición traducida de la original en inglés de la Universidad de Chicago en 1957, Ps. 216 y 227.

(23) Rafael Bielsa, *Reflexiones sobre sistemas políticos*, en “Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas”, de la Universidad del Litoral, Rosario, 4ª serie, t. II, n° 3, set.–dic. 1943, p. 717.

(24) Pablo A. Ramella, *La estructura del Estado*, 1ª edición del autor, impresa por Talleres Gráficos de Enrique L. Frigerio, Bs. As., 1946, Ps. 67 a 75, 157 a 217, 389 a 397.

(25) Eduardo J. Couture, *La justicia inglesa*, Ed. Asociación Amigos de Inglaterra, Montevideo, 1943, p. 13.

desbordado y puesto en tela de juicio su despacho, no sólo porque se multiplican las causas en comparación con las que tradicionalmente debió atender –inflación litigiosa–, sino también por la complejidad que adquirió su función y por la extensión desmesurada que se le asigna a su competencia y la presión social que todo ello le reporta.

Aquellas circunstancias convergen a incrementar la expectativa social en el accionar del juez; la comunidad toda y cada uno de sus integrantes vive hoy, directa e indirectamente, expectante, a la espera del juicio decisivo que el juez debe expedir en cada conflicto Inter.-subjetivo, tenga o no trascendencia social o política.

9.– La insatisfacción de esa expectativa no es necesario ponerla aquí de relieve (26). Para percibirla no hay más que leer un periódico o encender un aparato de radio o t.v. Lo que sí debemos destacar –porque constituye el meollo del pensamiento que queremos transmitir con estas breves líneas–, es la actitud que la sociedad en su conjunto y el Estado –como institución social pero distinta de aquélla– adoptan frente a ese trascendente hecho para la tranquilidad y el bienestar de los miembros del grupo. Nos interesa, en otros términos, establecer si esa confianza profunda e ilimitada que se deposita en la función judicial, rodeada de garantía (de independencia y autonomía que, frente a la inmensa responsabilidad cargada sobre sus espaldas, se transforma muchas veces en angustiada soledad) va de la mano con un generoso acompañamiento y una bondadosa comprensión, generadores, en el espíritu del juez, de la seguridad y la tranquilidad indispensables para el ejercicio de tan pesada

---

(26) Señalaba hace unos años Morello que “por doquier se multiplican las denuncias de insatisfacción por el servicio de la justicia” (*La Corte Suprema...*, cit. en nota 15, p. 53); el mismo autor, en época más cercana, nos informa que “múltiples son los relevamientos sociopolíticos globales que permiten contar con un cuadro de situación realista suficientemente claro sobre las carencias, disfuncionalidad y situación negativa límite de lo que pretende ser la adecuada prestación del Servicio de Justicia” (*La reforma...*, cit. en nota 8, p. 69). Con énfasis señala Dromi el mismo fenómeno: “La administración de justicia está demandada por falta de eficacia y celeridad. Es más, nos animaríamos a decir que está condenada por obsoleta y lenta en la solución de los conflictos” (*Los jueces*, cit. en nota 9, p. 13). Con toda la carga emotiva que se desprende de la metodología empleada, puesta de manifiesto en notas precedentes, sostiene Antelo, respecto del “sistema jurídico argentino”, que se halla “al borde de su ruptura” (ob. cit., p. 47).

carga, y en la sociedad, de la estima requerida para la imposición de tan severa autoridad.

10.— Como no hay modo de juzgar las conductas sociales y la actitud de los órganos estatales que no sea el de evaluar los resultados tangibles que con ellas se producen, puesto que sus motivaciones y formación quedan ocultos a la vista del observador, aquí adquieren valor los análisis que viene realizando la doctrina especializada y también el observador común, acerca de la particular situación en que se halla el Poder Judicial. Dichos análisis de la realidad judicial, producidos con mayor frecuencia e interés en los últimos años, nos eximen de tener que incluir aquí el farrago de datos y estadísticas que muestran un Poder Judicial carente de los instrumentos mínimos, materiales y humanos, que demanda la extensión y la calidad de la función asignada a aquél por el orden institucional y el devenir socioeconómico (27).

Los resultados de aquellos estudios muestran que la expectativa social por los resultados concretos de la actividad judicial, cuya etiología y descripción intentamos precedentemente, no tiene el correlato en un esfuerzo del Estado y de la sociedad que, corriendo parejo con el énfasis que se pone en las exigencias y demandas que se dirigen a la justicia, se oriente con decisión a dotar al Poder Judicial de medios humanos y materiales adecuados a la importancia básica de la función que se le asigna. La situación que se genera es patética: cuando se trata de encontrar quien asuma la responsabilidad de evaluar y resolver la infinidad de conflictos que genera la complejidad cada vez mayor de la sociedad moderna, técnicos y profanos no vacilan en señalar la figura del juez como la más indicada por su ubicación y prestigio social; pero a la hora de elegir la aplicación de los recursos, bien que escasos, con que se cuenta para atender el pesado costo de la justicia estatal, aquella porción del Estado dedicada al ejercicio de la función de juzgar queda relegada a un lugar secundario. No en vano recuerda Peter Drucker que “los gobiernos son ahora impotentes para tomar decisiones y hacer que se cumplan”; sin embargo, “podemos esperar que en las próximas décadas el gobierno aumente en vez de disminuir”, ya que “requiere cumplir nuevas tareas” (como la justicia efectiva), que al ser asumidas, “probablemente lleven al retorno de la responsabilidad individual” (28).

---

(27) Se puede ver las obras citadas de Morello–Berizonce–Hitters–Nogueira en nota 9. Del primer autor las notas 8 y 15. De J. R. Dromi la nota 9. A ellas cabe agregar los análisis de Roberto Berizonce, *Evaluación provisoria de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia*, Der. y. 114, p. 860, y *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Pla-

11.— La situación del juez se vuelve así angustiosa y la justicia queda expuesta a un permanente desprestigio que no tiene modo de evitar. El escepticismo y la desazón reman entonces por doquier y comienzan a surgir grupos de interés que le sustituyen al juez en su misión de impartir justicia y ante la sociedad se revisten de autoridad (moral) como para erigirse en jueces, aun de la propia administración de justicia. Los peligros de esta justicia desformalizada y paralela se originan en que inevitablemente responde a intereses sectoriales y se imparte con fines distintos al simple y directo de “dar a cada uno lo suyo”, además de carecer de imperativos claros y positivos y de consecuentes responsabilidades (29).

tense S.R.L., La Plata, 1987. Podemos utilizar aquí, aunque con significado distinto, la expresión de “omisión política”, con que Zaffaroni designa “la mala voluntad para la democratización” del Poder Judicial (ob. cit., ps. 21 a 24), refiriéndolo en el texto a la ausencia de decisión social (no sólo política) de jerarquizar —en lo que se comprende el “democratizar”— la estructura judicial y sus elementos humanos.

(28) Peter F. Drucker, *La sociedad postcapitalista*, traducción de María Isabel Merino Sánchez, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1993, ps. 18, 134, 143, 144, 145 y 148. En la concepción de este autor austriaco, que hoy vive en los Estados Unidos, la secularización del Estado hizo que los individuos creyeran que la sociedad política era el escenario integral de su vida (p. 17), y hoy ese papel lo cumplen las organizaciones, que son producto de la asociación voluntaria de los individuos con un fin definido y presuponen un saber especializado, que los diferencia de la propia comunidad o sociedad en que naturalmente existen (p. 46). Las organizaciones (como puede ser el Poder Judicial) no son mandadas, sino dirigidas para su gestión (p. 53).

(29) Desde esta perspectiva, nuestra idea es exactamente opuesta a la de Dromi; contrariamente a lo que piensa este autor (*Los jueces*, cit. en nota 9, p. 13), en el sentido de que el Poder Judicial “tiene hoy con toda la sociedad “una deuda institucional” consistente en satisfacer su “necesidad vital” de justicia”, es la sociedad, encabezada por los hombres de ciencia, de cultura y de política, la que tiene el deber de rescatar la administración de justicia del vacío institucional en que ha caído por la falta de esa relación de doble vía entre funcionario y sociedad justiciable, para así poner fin a la espiral descendente que, desde hace tiempo, marca su accionar. El Poder Judicial, como simple departamento de Estado, no es más que un grupo humano de muy limitadas posibilidades, puesto que la propia organización estatal que lo contiene se ha encargado de encerrarlo en una aureola institucional necesaria para el ejercicio de su función pero inhabilitante para la lucha social. De alguna manera, el hecho es también denunciado por Zaffaroni, aunque con perspectiva

12.— Cabe preguntarnos si resulta conveniente continuar pregonando la figura del juez como artífice y custodio de la organización social en la sociedad posmoderna, cuando no hay voluntad política, ni social, de dotarlo de aquella jerarquía moral e institucional y de los instrumentos materiales y humanos que demanda esa trascendente misión que se le asigna (30). El interrogante se hace acuciante y quizás embarazoso si se extiende a su aspecto negativo: al colocar a la justicia en un pedestal de arcilla, ¿no estaremos contribuyendo al descreimiento, al escepticismo y al desprestigio?

El siglo XXI debe encontrar una administración de justicia independiente e imparcial —según los valores que se le incorporaron en el siglo que expira—, pero también eficiente, prestigiosa y éticamente ejemplar, para que la sociedad esté confiada en depositar en ella la exclusividad de la función de juzgar con autoridad (jurídica y moral) a todos los miembros del grupo y a sus organizaciones básicas (31). La base para alcanzar ese propósito es formar un juez orgulloso del ejercicio de una función augusta y estimada por el grupo social. Y en una sociedad de consumo y dominada por el vértigo en las comunicaciones, ello no se consigue sino con medios económicos suficientes (32), y con una especialísima consideración de la imagen y el prestigio de la justicia por quienes tienen el deber de transmitir estos datos a la sociedad.

---

siempre distinta, cuando afirma que “nunca se entabló un verdadero debate sobre el judicial y su modelo. En esas circunstancias, los partidos de “orden” no tenían ningún interés en propugnarlo, en tanto que los críticos se ocupaban de otros temas” (ob. cit., p. 22).

(30) En este punto coincidimos plenamente con Dromi cuando señala que “existen dos maneras de pervertir y desnaturalizar la justicia. Una de ellas consiste en tratarla como botín del gobierno de turno. La otra, retaceándole fondos” (Los jueces, cit. en nota 9, p. 140). Por los dos flancos ha debido sufrir el embate la justicia argentina y las consecuencias están a la vista. La denuncia debe ir acompañada de una tenaz acción de gobierno, sobre todo por aquellos hombres que alcanzan a influir en las decisiones políticas.

(31) Tenemos muy presente la reflexión de J. Ramiro Podetti, cuando enseñaba que “el reconocimiento del Poder Judicial como una rama independiente del gobierno del Estado, representa sólo una etapa en el desarrollo del concepto integral de la jurisdicción”, agregando que dicha etapa “ha de integrarse y delimitarse [...] con el carácter de exclusiva y excluyente” que cabe atribuirle a la “función de los jueces” (*Teoría y técnica...*, cit. en nota 2, ps. 346 y 347).

(32) Los factores económicos de la administración de justicia, sobre todo en nuestro país, han comenzado a preocupar a los analistas avezados, quienes

### III. Independencia de la administración de justicia y opinión pública de la democracia participativa

13.— Algunos factores singulares vienen a interferir en aquel cuadro de situación descrito en el capítulo anterior, para derivar en un agravamiento de la preocupante crisis por la cual atraviesa hoy la justicia argentina.

14.— Los medios de comunicación, de gravitación inusitada en las relaciones sociales que se desarrollan en las comunidades contemporáneas, hacen su irrupción en la sociedad para poner al descubierto todas y cada una de las numerosas falencias que padece la administración de justicia, la que se coloca ante los ojos del justiciable como bajo un microscopio. Si bien es altamente positivo que los destinatarios del servicio de justicia estén perfectamente informados de su funcionamiento y que los comunicadores encuentren condiciones óptimas para el ejercicio de la libertad de prensa, singularmente tutelada en el art. 32 de la Constitución Nacional, no se puede negar que esta situación —no evaluada en todas sus dimensiones, por responder a una realidad muy diferente, al imprimírsele la actual organización al servicio de justicia— favorece aquella imagen de ineficiencia y obsolescencia que trasmite el accionar del Poder Judicial, contribuyendo a su desprestigio. La exi-

---

advierten que sin atender a ellos no cabe esperar una rápida transformación del pesado aparato judicial. También en este terreno es Augusto M. Morello, incansable y sagaz observador de la realidad social y de su incidencia en la justicia, quien ha comenzado a alertar sobre este problema básico. Dice el notable jurista que a la antigua y porfiada voluntad “en acertar en la modernización profunda de la situación de la justicia”, “en estas horas habrá que adicionar la ríspida coordenada de un presupuesto racional...” (*La reforma...*, cit. en nota 8, p. 101). Es claro que en este punto los administradores de justicia muestran una grave falencia al no exhibir, con claridad y precisión, ineludibles en materia económica, los reales costos de la estructura proyectada; y, como indaga el propio Morello, “¿cabe postergar la cuestión básica de definir el rol e incidencia de la tecnología jurídica en los costos?” (ibídem, p. 104). La exigencia tiene doble dirección y la primera debe recorrerse por los principales interesados en el cambio, sin que el resto pueda desinteresarse al punto de vender “edificios estatales para hacer que las cuentas fiscales cierren”, mientras, por otro lado, “no tenemos edificios adecuados en donde alojar a los tribunales” (Dromi, *Los jueces*, cit. en nota 9, p. 212). Para ello no compartimos la posición asumida por Zaffaroni, que descarta de plano la discusión sobre las “carencias” del Poder Judicial, considerando que ella desorbita el problema central (ob. cit., p. 13).

gencia que la sociedad dirige al juez, a la cual nos referíamos precedentemente, se hace más severa con la mediación de la prensa (oral, escrita y televisiva), a la vez que, como acabamos de puntualizar, las deficiencias de la justicia quedan expuestas sin pudor, evidenciándose el círculo vicioso en que aparece encerrado el juez, agobiado por una tremenda responsabilidad social que no tiene modo de eludir al carecer de medios para cumplir adecuada y oportunamente los graves deberes institucionales y sociales que se le imponen (33).

15.– Hay, por otra parte, una categoría de comunicadores que hacen una profesión de la investigación de conductas antisociales y de su denuncia pública, cuya cotidiana tarea se superpone a la que el Poder Judicial cumple en la instrucción de las causas, en especial aquellas que tienen significación social, como ocurre con las de naturaleza penal que afectan al Estado. Ante la sociedad esta especie de periodismo aparece como un verdadero juez, que elabora y emite juicios, considerados verdaderas sentencias, que penetran en la opinión pública con absoluta facilidad instalando una especie de prejuicio social que por su fuerza, resistencia e impermeabilidad, condiciona la tarea de los órganos judiciales que, por las razones conocidas, viene siempre con retraso y con naturales imperfecciones. El periodismo de investigación cuenta con notables ventajas frente al juez, no sólo de medios sino de situación – no está atado a normas rígidas (como las del debido proceso), que impone el respeto por el derecho de defensa en la reunión de los datos fácticos y de la prueba– y de responsabilidad –sólo responde por la dolosa falsificación de la información y de su opinión no se derivan efectos jurídicos inmediatos (privación de libertad o imposición de una pena)–. Más aun, en la hipótesis de que la sentencia judicial resulte contraria a la anticipada opinión, siempre le queda al periodismo la crítica de la solución impuesta por el juez, crítica que cuenta, en la mayoría de los casos, con una sociedad preparada y con la inestimable ventaja de que el juez no es un comunicador social (o... ¿debería serlo?) (34).

---

(33) Este fenómeno es puesto de manifiesto con agudeza por Zaffaroni en estos términos: “Es la democratización de nuestras sociedades, la libertad de información y de crítica que potencian la creatividad y expresión del pensamiento, como también la aceleración de las comunicaciones, lo que precipita el resultado de que lo judicial, que antes era tema de minorías, se instale hoy en la opinión pública de nuestros países” (ob. cit., p. 19).

(34) Dromi describe con precisión el fenómeno examinado en el texto cuando dice que “la prensa compite por el espacio de poder de la justicia. A su modo impone sentencias sociales, basadas únicamente en investigaciones periodísticas. Cuando los tribunales judiciales llegan a expedirse, la opinión

16.— El compromiso social del juez resulta así profundamente agravado por fenómenos que tienen lugar en la sociedad de hoy y ante los cuales se halla inerme, sin posibilidad de reaccionar, por falta de apoyo moral, ausencia de organizaciones adecuadas que lo protejan y total postergación presupestaria. De juzgador se trasforma en acusado y sin que se le brinde una razonable y oportuna posibilidad de defenderse, tal como él debe hacerlo, por imperativo constitucional (art. 18, Const. nac.), con quienes transitan por su despacho.

El prestigio del juez, la majestad de la justicia, exigen que el siglo XXI no encuentre una situación semejante. La ansiada seguridad jurídica no podrá llegar jamás si no se lo saca al juez del banquillo de los acusados ante el indefinido tribunal de la opinión pública —salvo, ciertamente, en aquellos casos en que debe colocárselo ante un tribunal formalmente constituido por incurrir en inconductas debidamente comprobadas según los procedimientos previstos por la carta magna— y se le devuelva su prestigio, su autoridad y su altísima dignidad como el signo más fiel de la justicia entre los hombres (35). Para alcanzar tan elevado resultado es necesario examinar, de inmediato y

---

pública acusa a las sentencias de tardías, parciales, no subordinadas a los altos intereses de la República” (*Los jueces*, cit. en nota 9, p. 16); bregando luego por revertir tal situación “en mérito de la justicia”, y señalando que cabe resguardar la libertad de prensa pero asegurando una “suprema autoridad judicial, eficiente y oportuna” (ibídem). Desde una perspectiva más general destaca Hernández Martín que “los ejemplos de la influencia “jurídica” que tiene la prensa, radio o televisión son abundantes”, y agrega que “seguramente el fenómeno de la opinión pública creada en torno a una sentencia debe ser estudiado por la Sociología más que por el Derecho. Pero, desde el punto de vista de la aplicación de la norma, puede afirmarse que una tormenta periodística en torno a cualquier sentencia crea un estado de opinión constitutiva de una realidad social que no puede ser ignorada por el intérprete” (ob. cit. en nota 4, p. 130). El punto de vista que se propone en el texto hace que dicho “estado de opinión” caiga bajo la preocupación de la ciencia jurídica, y el hecho de que esto no haya sido advertido por los juristas es una de las fuentes de muchos de los males padecidos hoy por la administración de justicia.

(35) Esta jerarquía social, indispensable para impartir justicia —lo que supone una posición elevada frente a toda la sociedad (y ésta es una de las razones que determina el monopolio estatal en el ejercicio de la jurisdicción)—, proviene en alguna medida de la personalidad moral del encargado de la empinada función, pero se sostiene, con mayor razón en nuestra época, básicamente, en la consideración que el grupo brinda a los órganos depositarios

cuidando de mantener intactos los derechos subjetivos básicos que están en juego, las relaciones entre la prensa y la administración de justicia, sometién-dolas a una cuidadosa y prudentísima regulación que permita el ejercicio li-bre del derecho de informar y ser informado, pero asegure, al mismo tiempo, que la administración de justicia no encontrará obstáculos en el cumplimiento de su función a raíz de aquel ejercicio y que, al contrario, la libertad de que debe gozar la prensa habrá de significar una colaboración valiosísima para la buena marcha de la estructura judicial.

#### **IV. Ideas y creencias que perturban el principio de autoridad, independencia e imparcialidad de la magistratura**

17.– La intensidad de la actividad política, saludablemente renacida con el advenimiento de la democracia instalada ya definitivamente en el país, ha generado algunas consecuencias que no colaboran con la ardua tarea de

---

del cometido. Este fenómeno ha sido señalado, aunque en un contexto dife-rente, por Hernández Martín; cuando destaca “la existencia de un cierto acuer-do tácito de grupos sociales y partidos políticos” para que “la judicatura” asuma en la sociedad el papel de “elemento que aporte estabilidad en los conflictos sociales y en la sucesión de equipos gobernantes”, teniendo en cuenta que, por la estructura típica del Poder Judicial, no ofrece ningún riesgo de transformarse “en nuevo soberano”; agrega, inmediatamente, el agudo jurista español, que “un cierto estado de opinión pública favorable a la independen-cia” del Poder Judicial basta para mantener su preeminencia y “a la inversa, una opinión pública contraria a la independencia judicial la debilita de he-cho”, para rematar afirmando que “en general, el estado de opinión sobre los temas jurídico–políticos candentes en una sociedad explica mucho más la posición subordinada o independiente del juez frente al poder político que la presencia de mecanismos legales o institucionales. Así lo ha demostrado mu-chas veces la Historia” (ob. cit. en nota 4, ps. 56 y 57). Esto es lo que justifica la preocupación de Morello por “rejerarquizar a los jueces”, por “volver a lo que entre nosotros significó la honrosa carrera de la magistratura; a que sus integrantes sientan el legítimo orgullo social y de realización personal que representa esa noble manifestación de la vocación jurídica” (*La reforma...*, cit. en nota 8, ps. 158 y 159), revirtiendo la situación de “retroceso en la consideración del común” que viven hoy los integrantes de los “cuadros judi-cantes” (ibidem). Cabe aclarar, despejando posibles desinterpretaciones de la propuesta contenida en esta nota, que la reclamada jerarquización social de la imagen del juez no encierra adhesión a “la imagen burocrática del juez “pa-dre severo” del imaginario popular” de que nos habla Zaffaroni, ni descarta

rescatar la administración de justicia de la zona de riesgo en que se halla, y se proyectan en circunstancias que deben ponerse de manifiesto, puesto que operan clandestinamente, entremezcladas con hechos sociales altamente positivos para la vida nacional, con el objeto de distinguirlas con claridad y posibilitar su neutralización sin afectar intereses básicos del devenir institucional.

18.– El nombramiento de los jueces, que constituye el aspecto fundamental de la reconstrucción del Poder Judicial y la primera y principal fuente de preocupación, sin cuya atención prioritaria no es posible ni siquiera pensar en la superación de otros problemas de mayor complejidad y de tratamiento ulterior (36), transita por una etapa de desorden y desorientación provocados por la consideración principalmente partidista que al efectuarlo realizan los órganos a los que las normas constitucionales defieren esa delicada misión (Poder Ejecutivo y Cámara de Senadores), a favor de su naturaleza estrictamente política.

La justicia del siglo XXI debe estar integrada por los mejores hombres de la sociedad; es ésa la base para construir un Poder Judicial jerarquizado en el ámbito del Estado y valorizado en el ámbito de la sociedad. Este objetivo podrá ser alcanzado únicamente si se pone atención en los procedimientos de selección y nombramiento de los jueces. Si la tarea de juzgar es la más empinada que puede proponerse el hombre, en cuyo cumplimiento se percibe cierto matiz de trascendencia divina, es casi lógico que la sociedad confíe tal

---

de suyo “al juez ciudadano que participa de las inquietudes, movimiento y necesidades de la vida colectiva”, que preconiza el mentado jurista (ob. cit., ps. 236 y 237).

(36) La importancia que tiene la elección del juez para una saludable y eficiente administración de justicia puede constatarse con el solo hecho de que una de las mentes más lúcidas que ha desarrollado la ciencia del proceso, casi al final de su existencia, afirmaba rotundamente: “el problema del proceso es, ante todo, encontrar el hombre digno de juzgar” (Francesco Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad. Sentís Melendo, Ejea, Bs. As., 1971, p. 83). Esto adquiere particular significado en nuestros días en que “lo que se reclama al juez no es solamente una especialización jurídica sino más bien una serie de conocimientos que presentan una mayor utilidad para la regulación de los problemas que le son sometidos” y que se corresponden con “la multiplicación de los roles que han tenido que asumir” (Morello, *La Corte Suprema...*, cit. en nota 15, Ps. 26 y 27). Resulta comprensible, entonces, la afirmación del texto: si no se atiende a la calidad de los hombres que se incorporan al Poder Judicial, cualquier otro problema ulterior será imposible de superar.

cometido a aquellos de sus miembros que cuentan con dotes personales que los eleva por sí mismos del resto.

Aquellos procedimientos deben construirse con este objetivo (no sólo con el de elegir a los más “capaces”, a los más “estudiosos” o a los de mayor “éxito” profesional, según las más comunes expresiones); los actuales, según la cotidiana experiencia, están muy lejos de aquél y constituyen, antes bien, un obstáculo para su consecución.

19.– El fervor de la contienda electoral y los importantes intereses que en ella se enfrentan obliga a los partidos políticos a desarrollar toda clase de tácticas para obtener la adhesión de la mayor cantidad posible de votantes, Una de esas tácticas, frecuentemente utilizada a raíz del claro repudio popular hacia los focos de corrupción que aparecen en la estructura estatal muy a menudo y la perentoria exigencia del electorado de una urgente moralización de toda especie de actividad oficial, consiste en transmitir una imagen de ineludible combatiente contra el delito y adalid de la lucha por la transparencia en el accionar del Estado, lo que se consigue denunciando toda clase de conductas que puedan tener algún viso de ilicitud e instando la actividad de los órganos de control estatal, parlamentarios o judiciales, para la investigación y castigo de los hechos supuestamente delictivos. La situación de la administración de justicia es, una vez más, de impotencia para satisfacer la sed de los grupos políticos –generalmente opositores al gobierno de turno– por encontrar rápidamente responsables de la corrupción (“corruptos”) que sean su símbolo de éxito y la prueba del desorden y la inmoralidad en el accionar del gobierno, arrimando adhesiones de la ciudadanía. La ineficiencia del Poder Judicial encuentra así una vidriera más para exponerse y la sociedad encuentra otra razón para aumentar la distancia entre la imagen de aquél y su ideal de justicia (37).

---

(37) Dromi denuncia con claridad la situación descrita en el texto, aunque refiriéndola, específicamente, a “algunos legisladores” (Los *jueces...*, cit. en nota 9, ps. 143 a 145) y restringiendo así la cuestión al ámbito del Estado o de la sociedad institucionalizada; por nuestra parte, creemos que el fenómeno tiene un aspecto más amplio, aunque nos parece acertada la descripción que el actor hace de él: “[...] denuncias judiciales que promueven algunos legisladores con el solo fin de adquirir notoriedad, supuesto prestigio o protagonismo frente a la sociedad” (ibídem) y la conclusión que extrae: “El oportunismo que se vislumbra en este tipo de denuncias hace que el Poder Judicial pague los costos” (p. 145).

20.— En el último lustro la situación descrita ha sufrido, todavía, un agravamiento provocado por la necesidad en que se coloca quien denuncia un hecho delictivo, y con más razón si se lo hace para adquirir imagen social de justiciero, de que los órganos instructores declaren la existencia del hecho denunciado y apliquen a sus autores y cómplices las sanciones que prevé el orden jurídico; esto es así puesto que, como se advierte fácilmente, la no comprobación de la denuncia es un motivo de desprestigio para el denunciante y frustra la finalidad política que mueve a éste, brindando, incluso, al denunciado —muy frecuentemente, adversario político— una preciosa oportunidad (política) de sacar ventaja en la lucha por el poder. El juez queda instalado en medio de ese enfrentamiento político como una especie de árbitro del que depende el éxito o el fracaso de alguno de los sectores en pugna, posición que, prescindiendo de las presiones a las que queda expuesto (38), desorbita la función pública ejercida y descoloca al órgano del lugar que el orden jurídico le asigna frente al conflicto provocado por una conducta contraria a sus mandatos. En definitiva, aunque el orden institucional brinde al Poder Judicial toda clase de garantías para mantenerlo alejado de las luchas por el poder político —incluso en la forma de nombramiento de sus integrantes— y el juez se disponga a mantenerse fiel a ese imperativo de independencia o autonomía de cualquier otro interés que no sea el de hacer justicia, la extensión e intensidad con que se debaten hoy los distintos grupos que disputan el ejercicio del poder político, terminan por involucrar al juez en esa lucha y comprometerlo, indirectamente, en su resultado (39).

---

(38) Sobre los efectos negativos de estas presiones, acerca de las cuales cabría un análisis sociológico de amplitud y profundidad adecuadas a su importancia, advierte Morello (*La reforma ...*, cit. en nota 8, p. 168), transcribiendo palabras de Manuel Jiménez de Parga: “[...] la pluralidad de centros de poder e influencia [...], si bien contribuyen a producir un cierto equilibrio y facilitar así la libertad, sin embargo, es igualmente comprobable que la independencia de los magistrados es más reducida cuando son muchos los que presionan sobre ella”. Desde un ángulo distinto y con una visión más abarcadora, Zaffaroni se encarga, también, de destacar la utilización política del Poder Judicial que ha tenido lugar en Latinoamérica (ob. cit., ps. 21 y 22).

(39) Robert K. Merton, *Teoría y estructura sociales*, traducción de Florentino M. Torner, Ed. F.C.E., México, 1964, ps. 202 a 229, que estudia la estructura burocrática y la personalidad por una parte y el papel del intelectual en la burocracia pública por el otro. El juez como técnico imparcial estaría incluido como intelectual, y dada su independencia dentro de la estructura del Estado sería un intelectual independiente. Pero su problema sociológico es que en la democracia participativa o de masas se ve afectado por toda la

21.– La consecuencia más grave para la salud de la administración de justicia se produce cuando por fin, tardíamente, llega la sentencia definitiva que ineludiblemente afecta a alguno de los sectores políticos y aun antes, en los casos en que median resoluciones interlocutorias que, aunque provisoriamente, evalúan los resultados de la instructoria. En este momento al grupo perjudicado por la resolución judicial –sea el denunciante o el denunciado– sólo le queda, como defensa social contra la pérdida de prestigio político y caudal electoral, la crítica despiadada al fallo y a quien lo dictó. Se produce aquí la escena más dramática, más angustiante y más dolorosa, en la que se ve a los conductores sociales afanarse en destruir una de las bases de la sociedad democrática y a los hacedores de justicia, transformados en perseguidos por ella, procurar denodadamente la justificación de sus actos. En este nuevo enfrentamiento, en donde está en juego la base institucional del país, la sociedad gana en descreimiento y escepticismo y la administración de justicia gana en desprestigio (40).

sociedad que hoy cree estar en una igualdad natural, especialmente por el hombre común que no advierte su conocimiento vulgar, por el hombre de negocios que sólo pondera la acción, y por el político que si bien no puede tener claros sus medios tiene preconcebidos sus objetivos. Como consecuencia, al juez, que es un intelectual independiente como técnico de la ley, se lo confronta total e indiscriminadamente con valores que –aunque participe en parte de ellos– no le son consustanciales con su papel social. De resultados de lo expuesto, sus posibilidades de mantener incólume su papel social, se enfrenta indefectiblemente ante la frustración: si transige se convierte en un intelectual burocrático condicionado por criterios ajenos; si no lo hace debe fraccionar o segmentar su vida en tantos papeles como a los que se siente exigido. Luis Recaséns Siches, *Sociología*, Ed. Porrúa, México, 1966, p. 579; el juez no trabaja directamente con realidades sociales, sino con normas, esto es, con ideas normativas; al determinar las consecuencias individuales de una regla, el juez debe atenerse autoritariamente al orden jurídico positivo (p. 580), que está condicionado en su origen, mantenimiento y desarrollo por un hecho de poder social (p. 598) que es un fenómeno de opinión pública (p. 608). José Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, en *Obras completas*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1947, t. IV, p. 232, pone de resalto lo anterior, permitiendo advertir el peligro que corre la autoridad del juez en la actualidad, ya que “el mando es el ejercicio normal de la autoridad reconocida, que se funda siempre sobre la opinión pública, y da sustento al derecho y al Estado”.

(40) También este fenómeno lo describe con claridad Dromi, cuando dice que “la justicia argentina ha sido objeto de reiteradas críticas basadas en denuncias sobre el comportamiento de algunos magistrados”, lo cual ha deriva-

22.– Mirando el siglo XXI como un hito que marcará el comienzo de una nueva era para la humanidad, en el que la justicia dará un paso adelante en el camino hacia su reinado absoluto, según la divina promesa bíblica – abrazada con devoción por Pablo Ramella–, resulta urgente y necesario que en este breve período que resta para alcanzar aquel momento, sean recompuestas las relaciones entre la justicia, el poder político y las fuerzas habilitadas para acceder a su ejercicio, bajo la consigna de recrear las condiciones para devolver el prestigio social que la justicia debe tener en el ejercicio de su magisterio, y sin el cual no será posible la ordenada convivencia, indispensable en el tránsito hacia el progreso sostenido. Debe rehacerse el pacto social que devuelva a la sociedad una justicia insospechable y revestida de la máxima dignidad institucional, sobre cuya actividad sin mácula se construya una organización social más justa (41).

### **V. Sumaria síntesis de los hechos que contribuyen a delimitar los problemas de la justicia en los albores del siglo XXI**

23.– Para que la sociedad pueda contemplar el advenimiento del siglo XXI con la esperanza de que durante su transcurso la justicia supere los graves obstáculos con que se ha encontrado en la segunda mitad de este siglo, según lo que acabamos de exponer, será necesario que la sociedad en su conjunto, y no sólo quienes ejercen transitoriamente el poder político, se pongan de acuerdo en resolver los siguientes problemas:

---

do en que tanto los “jueces” como “el valor justicia” estén “desacreditados, descalificados, menoscabados”, afectándose por esa vía “todo el Estado” al perder “autoridad, confiabilidad y justo título de mando” (*Los jueces*, cit. en nota 9, ps. 139 y 140). Con elegancia, Morello se refiere a “la impresión de jueces y abogados de estar bajo sospecha, observados, fiscalizados, con presunción de culpabilidad, que es constante, creciente, lo que reduce la espontaneidad de los mejores y la alegría de acceder a la función pública” (*La reforma...*, cit. en nota 8, p. 159, nota 5).

(41) Nos referimos a ese “acuerdo tácito de grupos sociales y de partidos políticos”, mentado por Hernández Martín, ob. cit. en nota 4, ps. 56 y 57, comentado en nota 34, en el que asienta el prestigio y la preeminencia el Poder Judicial, que parece haberse roto entre nosotros y que es urgente reanudar como base para la ulterior recomposición de la justicia. Pablo A. Ramella, *Los derechos humanos*, ed. del autor, impreso por ISAG, distribuido por Depalma, Bs. As., 1980, p. 222, se hace cargo de lo anterior, al señalar que es una “obligación de la comunidad” cumplir con esta exigencia de la justicia.

A) El fortalecimiento financiero del Poder Judicial, que le permita acceder a los máximos avances tecnológicos y a las facilidades brindadas por el progreso material que vive la humanidad, con lo cual se pondrá a la justicia en el nivel adecuado a lo que se exige y espera de ella.

B) La relación entre la potestad de administrar justicia y la libertad de prensa, procurando sintonizar la necesidad básica de la sociedad de guardar un especial respeto y reverencia por el Poder Judicial, con el derecho público subjetivo –también básico– de informar y de informarse.

C) Modalidades nuevas que deben adoptar las relaciones del Poder Judicial con los otros poderes del Estado, de naturaleza y raíz política, y con los grupos institucionalizados que participan en la lucha por el poder. El equilibrio imaginado en el siglo XIX no es compatible con la realidad actual y con la que será la del próximo centenio.

24.– Hemos asumido desde el comienzo de nuestra labor el riesgo de que sea criticada por limitarse a plantear problemas sin esbozar soluciones. Guardamos, sin embargo, la esperanza de que algún beneficio pueda extraerse de aquélla, si es que aciertan quienes aconsejan que la tarea científica o técnica comience por un correcto planteamiento de los problemas, con lo cual –sostienen– se tendrá un cincuenta por ciento de la solución alcanzado. Es lo que la moderna epistemología recuerda, cuando señala que toda solución a un problema reside sustancialmente en advertir con precisión cuáles son las causas que mayor gravitación alcanzan en la relación causal con los efectos, que son el aparente detonante del conflicto. Nuestro propósito de rendir al gran jurista sanjuanino un homenaje acorde con los innumerables y jerarquizados frutos que cosechó para la ciencia jurídica, en particular la que se vincula con la organización y actividad del Estado, exige que no hayamos equivocado el enfoque. Nunca, más que hoy, es errado el pensamiento de Bahís –médico de Molière– que llegó a decir “vale más morir según las reglas que curarse contra las reglas” (42). Aunque el error no está en el descreimiento de las reglas, sino en no advertir que ellas trasuntan siempre el equilibrio dinámico y el cambio que hace posible la vida.



# EL HABEAS DATA: ALCANCES Y PROBLEMÁTICA

Por Néstor Pedro Sagüés

## 1. Introducción

El hábeas data es un proceso constitucional con fines diversos. Literalmente, apunta a “traer los datos” (así como el hábeas corpus procura “traer el cuerpo”), y su objetivo principal es contener ciertos excesos del llamado “poder informático”.

Como tal, el hábeas data genera dos órdenes de interrogantes. El primero es típicamente de *derecho constitucional*: ¿cuáles son los derechos en juego (y en conflicto) en el hábeas data?; ¿qué categoría de derechos deben privilegiar el legislador y el juez en el hábeas data? La segunda esfera de problemas es propia del *derecho procesal constitucional*: ¿qué trámite tiene que darse al hábeas data?; ¿quién debe tener legitimación activa y pasiva?; ¿cuál será el órgano competente para conocer y decidir en él? (1).

## 2. Dimensión constitucional del hábeas data: derecho informático y poder informático

Siempre ha existido, por supuesto, la operación de recolectar, clasificar y conservar información. Lo que ocurre es que en el siglo XX, y en particular después de la aparición de las computadoras, el asunto ha tomado una dimensión insospechada.

---

(1) Sobre Derecho Procesal Constitucional, v. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3ª ed., Bs. As., 1993, ed. Astrea, t. I, ps. 1 y ss.

La existencia, ahora, de impresionantes *bases* o *bancos* de datos parte del supuesto de tres *operadores* principales en tal sistema: el “*productor*” de datos (que los recolecta y los traduce en lenguaje computarizado), el *gestor* (que conserva y organiza aquella información, y crea el *software* indispensable para que los datos sean consultables por los usuarios), y el *distribuidor*, que es quien trasmite (cobrando o no por su tarea) tales datos, intermediando así entre el gestor y el usuario (2).

El productor, el gestor y el distribuidor cuentan con derechos constitucionales que amparan su labor. Cualquier constitución dispone de un arsenal tradicional de derechos que de modo directo o mediato sirven para tutelar esas tareas: por ejemplo, los derechos de trabajar y ejercer el comercio, la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, de propiedad (incluyendo los derechos a la propiedad intelectual y, en términos generales, los “derechos intelectuales”), intimidad, etc.

Existe, en síntesis, un “derecho informático”, de base constitucional, que da pie a las actividades reseñadas.

El problema que evidencia la última parte del siglo XX es que, con el auge de los sistemas computarizados, ese “derecho informático” genera un “poder informático” de dimensiones insospechadas. La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y de transferencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien la posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de *poder* (contar con información es, desde ya, contar con poder), que puede ser tanto un *poder económico* (“la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa”) (3), como de *poder político* (ya que conocer minuciosamente la vida de los demás permite, en buena medida, regular, controlar y vigilar su comportamiento).

### 3. Conflicto de derechos

Precisamente, el “derecho informático” (y, sobre todo, el “poder informático”) pueden entrar en colisión con los derechos constitucionales de las personas registradas.

---

(2) Rosana M. Stiglitz, *Impacto de la informática en la sociedad*, en revista “La Ley”, Bs. As., 1987–E–859.

(3) Cfr.: Manuel Heredero, *La informática y el uso de la información personal*, en *Introducción a la informática jurídica* (Madrid, 1986), ed. Rivero–Santodomingo, cit. por Rosana M. Stiglitz, ob. cit. en nota 2, p. 860.

Un primer nivel de conflicto ocurre con el derecho a la privacidad: ¿es legítimo que un banco de datos acumule información sobre, por ejemplo, la conducta sexual de un individuo?; ¿es bueno que archive detalles sobre qué hace —y qué no hace— en su domicilio?; ¿que puntualice si se embriaga o consume drogas en su casa de veraneo?

Otro frente polémico aparece con el derecho a la libertad de cultos: ¿es conveniente que una base de datos explore la religión que practica una persona? Con relación al derecho a la igualdad, pueden suscitarse los mismos interrogantes si el banco de datos acumula noticias sobre el color de un habitante, ya que ello puede generar posteriormente actitudes discriminatorias. Al mismo tiempo, las anotaciones respecto a las inclinaciones políticas, filiación ideológica, compromisos sindicales, etc., pueden fomentar tratos discriminatorios o perjudicar el libre ejercicio de los derechos políticos y gremiales.

A su turno, es factible observar que el registro de ciertos datos puede ser perfectamente aceptable, pero no así su divulgación a terceros. Tal sería el caso, v.gr., de ciertos movimientos contables cuyo conocimiento es comprensible para un ente oficial de recaudación impositiva (para determinar, por ejemplo, si la empresa del caso ha tributado bien o mal), pero que su transmisión a una empresa rival importaría quebrar las reglas habituales de discreción y competencia mercantil, en perjuicio para la corporación “desnuda”.

#### 4. Vías de armonización

La compatibilización entre el “derecho informático” y los otros derechos eventualmente perjudicados por el primero (privacidad, honor, propia imagen, igualdad, libertad de cultos y política, etc.), no es fácil (4) pero sí posible.

Sobre el “derecho informático”, v. Aldo Armando Cocca, *El derecho: programador de la informática*, en “Jurisprudencia Argentina”, Bs. As., 1983—III—679.

---

(4) Así, se ha dicho que “resulta de todo punto de vista necesario y urgente impedir las intromisiones perturbadoras y la inadecuada difusión de datos procesados conforme a los modernos adelantos tecnológicos que pudieren afectar la esfera familiar y personal”, máxime cuando “el mero hecho de la

Una vía de solución estriba en definir una zona de “información sensible”, no registrable en los bancos de datos, o con áreas insusceptibles de registrar. La “información sensible” cubre puntos como religión, ideas políticas, comportamiento sexual, salud moral y física, vinculaciones sindicales, raza (5).

Otro mecanismo de adaptación consiste en auspiciar un proceso judicial expeditivo (en concreto, el hábeas data), con los siguientes objetivos:

1. *Derecho al acceso*. Conforme a él, cuando un sujeto está registrado de algún modo en un banco o base de datos, tiene derecho a saber lo que consta en él, acerca de su persona.

Este “derecho al acceso” presenta serios problemas cuando una ley (o la propia Constitución, como es el caso de la brasileña, en su art. 5) declara reservada la información que concierne a la seguridad de la sociedad y del Estado. En tales supuestos, la coexistencia entre el derecho personal de cada uno a saber qué se dice de él en el banco de datos (en tutela de una gama de derechos constitucionales personalísimos, como honor, privacidad, dignidad, etc.), y los derechos de la sociedad y del Estado a la autoconservación (cosa que legitimaría el secreto, en aras de la seguridad colectiva) es una empresa harto complicada, pero que de todos modos debe hacerse.

El riesgo que se corre, cuando se habilita una excepción al “derecho al acceso” con el argumento de la seguridad social o estatal, es que la administración pública recurra habitualmente a la excusa de tal seguridad para negarse a suministrar información. A su vez, si no se permite tal reserva, existe el peligro de difundir (mediante el ejercicio del “derecho al acceso”) noticias que efectivamente pueden perjudicar la defensa nacional o la seguridad de todos.

Un dispositivo intermedio consiste en autorizar la excepción de la reserva estatal por razones de seguridad colectiva, pero sometida a la revisión

conjunción de informaciones nominativas puede llevar a desnudar la intimidad de cada una de las personas físicas haciendo ilusorias las garantías constitucionales”: Luis O. Andorno, *La informática y el derecho a la intimidad*, en “La Ley”, 1985-A-1108, con cita de Faustina Zarich de Piatti, *La revolución informática y el derecho a la privacidad*, Rosario, 1984.

(5) Cfr.: Carlos M. Correa y otros, *Derecho informático*, Bs. As., 1987, ed. Depalma, ps. 248 y ss.

judicial de razonabilidad de tal alegación. En tal esquema, el Poder Judicial evalúa si la excusa estatal tiene sustento serio que la justifique. Ello parece ser una solución equitativa.

2. *Derecho a la actualización.* En esta variable, el hábeas data permite que una persona logre que los datos relativos a ella queden puestos al día (por ejemplo, si figuraba en el banco de datos como deudor, que se anote que ha pagado su obligación; si aparece como procesado, que conste su sobreseimiento o absolución).

3. *Derecho a la rectificación.* Aquí el interesado procura que se corrija información inexacta. V.gr., si figura como abogado, siendo arquitecto; o que ha viajado a Cuba, cuando nunca lo ha hecho; o que es hijo de fulano de tal, cuando lo es de mengano; etc.

4. *Derecho a la confidencialidad.* En este campo, el sujeto en cuestión exige que una información que él ha proporcionado, y que ha sido legalmente requerida, permanezca secreta para los terceros. Es el caso, por ejemplo, del “secreto fiscal” o del “secreto bancario”, como del “secreto médico”.

5. *Derecho a la exclusión.* Respecto a diversos datos conceptuados como “información sensible”, el fin del hábeas data puede consistir en “cancelar” o “borrar” tales noticias de los bancos de datos. Como se anticipó, algunas veces es posible registrar algún tipo de información, o algún modo de archivo, y no ciertos informes o maneras de guardarlos. Por ejemplo, la ley 23.798 de la Argentina, de “lucha contra el sida”, prohíbe “individualizar a las personas (que padecen tal mal) a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada” (art. 2, inc. e) (6).

## 5. Enunciado constitucional

El derecho constitucional comparado exhibe distintas técnicas para lograr la coexistencia entre el “derecho informático” y los demás derechos constitucionales personales en conflicto.

---

(6) Nos hemos referido a estas proyecciones del hábeas data en Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, Bs. As., 1993, ed. Astrea, t. 2, p. 86.

a) Una variante es que la Constitución presente el problema, dé algunas directrices fundamentales, y re-mita el grueso del tema a la legislación ordinaria. Así, el art. 18, inc. 4, de la Constitución española indica que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

b) Otra variable es que la Constitución explicité con mayor detalle el asunto y formule reglas operativas concretas. Un buen antecedente de ello está en el art. 35 de la Constitución de Portugal: “Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.

Una muestra de explicitación circunstanciada de cómo amalgamar los derechos que citamos, se encuentra también en el art. 20 de la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina): “La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de la información de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier medio físico o electrónico, debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos. La ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguardia de la seguridad, apertura de los registros, limitación en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando no fuera razonable su mantenimiento” (7).

c) *Silencio constitucional.* A menudo, la Constitución nada señala expresamente sobre el “poder informático” y su inestable coexistencia, con los demás derechos constitucionales. Ello se explica –en parte– por la novedad del problema.

---

(7) Sobre otras constituciones que han normado puntos concernientes al hábeas data, v. por ejemplo las de Paraguay de 1992 (art. 136), las provinciales argentinas de Córdoba (art. 50), Tierra del Fuego (art. 45), Jujuy (art. 23), San Juan (art. 26), San Luis (art. 24), etc.

Si hay silencio constitucional, ¿cabe concluir que la persona citada en un banco de datos carece de los derechos al acceso, rectificación, actualización, confidencialidad o exclusión? Una primera reacción, de tipo negativo, podría concluir que si esos derechos no están mencionados en la Constitución, no son constitucionales, aunque una ley sí podría habilitarlos (hipótesis en las que tendrían base legal, pero no constitucional).

No obstante, es posible afirmar que si la Constitución admite de modo explícito o implícito (v.gr., mediante la cláusula de los derechos no enumerados, al estilo de la enmienda IX de los Estados Unidos de América, art. 33 de la Constitución argentina o art. 3 de la Constitución del Perú de 1993) ciertos derechos constitucionales (intimidación, honor, propia imagen, no discriminación, libertad de cultos, etc.), de tales derechos se infieren otros, también constitucionales, que son consecuencia inevitable de los primeros. Por ejemplo, del derecho a la igualdad se deduce el de borrar de los bancos de datos informes sobre mi raza o creencia religiosa (8). Así, el citado derecho a la exclusión o a la cancelación sería un *derecho constitucional inferido*.

## 6. El hábeas data como capítulo del derecho procesal constitucional

La Constitución brasileña de 1988 instrumentó un *amparo específico*, denominado “hábeas data”, destinado a asegurar a las personas el conocimiento de informaciones referidas a ellas, que constasen en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y para rectificar tales datos.

El *sujeto activo*, en el caso brasileño, es cualquier nacional o extranjero residente en el país; pero se trata del ejercicio de un *derecho personalísimo*, que no debe confundirse con el ejercicio genérico del derecho a la información que posee, por ejemplo, un periodista. En el hábeas data es “mi” derecho a recabar “mis” datos.

El *sujeto pasivo* es el Estado propietario del banco de datos, pero también todo sujeto titular de un registro *susceptible de generar información* (9). Esto es importante, porque algunas leyes reglamentarias del “hábeas data” lo

---

(8) El decreto reglamentario 1244/91 de la ley argentina 23.798, de lucha contra el sida, especificó que en los registros o almacenamientos de datos sólo se deberá consignar, con relación a los afectados por aquella dolencia, “un sistema que combine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento”.

han ceñido al caso de registros oficiales, cuando en rigor de verdad cualquier base de datos apta para ser utilizada por terceros, debe ser sujeto pasivo del proceso que comentamos. Al contrario, un banco de datos de uso exclusivamente personal para su titular, estaría cubierto por el derecho a la privacidad de éste, como papel o correspondencia privada, y (al menos en principio) sería incuestionable mediante el hábeas data.

Respecto al *órgano competente* para tramitar al hábeas data, el derecho brasileño ha reservado jurisdicción al Supremo Tribunal Federal para juzgar originariamente los que cuestionen actos del presidente de la República y de otros dignatarios nacionales (10). Se intenta de tal modo excluir a jueces de primera o de segunda instancia del conocimiento y decisión de cuestiones de posible gran importancia, donde por lo común surgirán temas próximos a la seguridad nacional.

El *trámite* del hábeas data ofrece dos posibilidades principales: o se aceptan las reglas habituales de cualquier amparo (pauta seguida, por ejemplo, por la ley 4444 de la Provincia de Jujuy, Argentina), aunque existan algunas pequeñas variaciones de procedimiento; o se programa un nuevo y distinto amparo, con plazos generalmente más breves (así, la ley 2384 de la Provincia de Río Negro, Argentina, contempla una demanda, de traslado por dos días, dos días de prueba y sentencia en cinco días) (11).

La elección de una u otra variante es a todas luces una cuestión accesorio. En principio, el amparo genérico *debe ser* un trámite ágil y comprimido, y de ahí que –como regla– no se justificaría para el hábeas data otra reducción suplementaria. No obstante, los particularismos locales pueden exigir una instrumentación peculiar para este último.

La sentencia del hábeas data, detalla Othon Sidou, es *constitutiva*, y *condenatoria* (cuando hace lugar a él), con vigor de cosa juzgada cuando adquiera firmeza, si es pasible de recursos.

---

(9) Sobre el hábeas data en el Brasil, cfr. J. M. Othon Sidou, *Hábeas data, mandado de injeção, hábeas corpus, mandado de segurança, ação popular*, 3ª ed. (Río de Janeiro, 1989), ed. Forense, ps. 446 y ss.

(10) Sidou, ob. cit. en nota 9, p. 450.

(11) V.: Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 3ª ed. (Buenos Aires, 1992), t. 3, ps. 654 y ss.

## 7. El hábeas data en la Constitución peruana de 1993

El art. 200 de la nueva Constitución del Perú menciona, en su inc. 3, como “garantía constitucional”, a “la acción de hábeas data, que procede contra el hecho u Omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el art. 2, incisos 5, 6 y 7, de la Constitución”.

Estos últimos se refieren a distintos rubros. Por un lado, al derecho genérico a la información, a obtener “de cualquier entidad pública, en el plazo legal”, con excepción de las informaciones que afecten la intimidad personal y las excluidas por ley o por razones de seguridad nacional. Añade el inciso 5 que el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido de juez, del fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a la ley. El inciso 6 del art. 2 enuncia el derecho a “que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Finalmente, el inciso 7 enuncia el derecho “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias”, así como el derecho de réplica, también llamado de rectificación o respuesta.

Una apreciación global del régimen del hábeas data peruano conduce a afirmar que tiene un radio de acción decididamente amplio, probablemente excesivo. Para empezar, engloba al derecho de réplica, instituto que es decididamente distinto del hábeas data. Este pecado conceptual, dicho sea en favor del constituyente peruano, no fue original: ya lo había cometido la ley 2384 de la provincia argentina de Río Negro.

Por lo demás, el hábeas data tiene por meta natural tutelar a las personas por los excesos del poder informático, y no, en términos generales, por cualquier lesión que se infiera, por cualquier medio, a su honor, privacidad o propia imagen, o a la intimidad familiar y la voz. Para decirlo más claro, y como su nombre lo indica, el “hábeas data” es un amparo especial referente a *datos* (y a “datos” registrados en bancos o bases de datos).

A raíz de la amplitud de sus términos, el hábeas data peruano ha hecho preguntarse a muchos si no podría empleárselo para imponer, so pretexto de tutelar el honor y la privacidad, la censura previa a periódicos, radioemisoras o canales de televisión. Una errónea interpretación del inciso 5 del art. 2 de la Constitución, cuando menciona a los “servicios informáticos” como sujetos

pasibles mediante el hábeas data, de no suministrar información, ha permitido auspiciar aquella hipótesis de la censura previa.

Sin embargo, hay que distinguir entre “servicio informático” o “servicio informativo”. La Constitución, cuando menciona a los primeros, habla claramente de los servicios informáticos “computarizados o no”. Es decir, a bancos o bases de datos. No alude a medios de comunicación.

Paralelamente, el inc. 4 del art. 2 de la nueva Constitución excluye enfáticamente cualquier clase de censura o previa autorización para ejercer las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, con lo que, según una interpretación orgánica y sistemática de la Constitución, cualquier programación del hábeas data, en tutela de los derechos de los incisos 5, 6 y 7 del mencionado art. 2, debe compatibilizarse con la directriz de “no censura” del inc. 4 del mismo artículo.

De todos modos, el caso peruano evidencia la necesidad de reducir al hábeas data a sus objetivos propios: acceder, actualizar, rectificar, excluir (en su caso) información, y reservarla algunas veces en virtud del principio de confidencialidad; y no inflacionarlo con otros propósitos o en protección de otros derechos, para lo cual está la acción de amparo general.



# LA DEMOCRACIA COMO FILOSOFÍA Y ESENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN LOS UMBRALES DEL SIGLO XXI

Por Alberto A. Spota

## 1. Democratización como pluralismo

1.1. Se entiende por pluralismo como es de generalizado convencimiento aquella realidad política y social en una comunidad determinada, que habilita sin restricciones y en los hechos realmente en pie de razonable y prudente igualdad, a las distintas tendencias y tensiones sociales y políticas, que bajo formas múltiples aparecen y se expresan, muchas veces en forma encontrada, en la convivencia diaria, gozando todas ellas de libertad y autonomía de expresión, respeto y aquiescencia. Todas disfrutan, en el sistema descrito, de espacio social aceptable y se evidencia una ecuanimidad en las proporciones de los espacios societarios ocupados por cada una de ellas, sólo la violencia es condenada y excluida de esas variadas y enfrentadas respuestas habilitadas.

1.2. El pluralismo parte del supuesto de que hay espacio político y social para todas las opiniones y para todos los cursos de acción, con la única y definitiva excepción del uso de la violencia, como va señalado, y ahora se subraya.

1.3. La violencia como realidad, y la violencia como amenaza quedan total y completamente excluidas, dentro del esquema contemporáneo de un pluralismo político y social, que merezca y pretenda esa calificación.

1.4. Es así que en el cuadro que va diseñado, la democratización de los sistemas políticos contemporáneos significa, desde el ángulo que va en estudio, el reconocimiento del más amplio espectro de pluralismo político y so-

cial, entendiendo por pluralismo las variables que van explicitadas con precedencia y que caben dentro de aquel universo.

1.5. Ese reconocimiento, que importa la existencia simultánea o conjunta, en una comunidad determinada, de fuerzas sociales y políticas que asumen la forma de partidos o simplemente de tendencias, ha sido en la historia de la segunda mitad del siglo XIX, y sobre todo en el siglo XX, la demostración de un proceso, que permanentemente ha tenido marchas y contramarchas en la mayoría de las comunidades humanas. Ello, al tiempo que en otras, muy pocas, se reconoce que ese proceso tuvo un sentido aperturista permanente, hasta llegar a la más amplia coexistencia de conductas discrepantes, con la sola exclusión ya señalada de la violencia. Subrayo que este último supuesto —el de comunidades humanas que no muestran retroceso— es más bien excepcional. Lo común ha sido, y es, marchas y contramarchas, en la senda hacia la vigencia del efectivo pluralismo.

1.6. En las sociedades de habla inglesa, y en las nórdicas europeas, no eslavas, ni germánicas, ese proceso tuvo prácticamente, en forma permanente, signo positivo en el siglo XIX y en el XX. Allí casi no hay supuestos de contramarchas. No ocurrió así en el mundo germánico, y en el eslavo, donde virulentas y sangrientas reacciones han sido características notables, en la primera mitad del siglo XX. Basta recordar el nazismo en Alemania, y el comunismo en el mundo eslavo y en las sociedades aplastadas por esas autocracias. Algo semejante acaeció en los países latinos que se asoman al Mediterráneo, y al límite occidental de la península ibérica. El fascismo, el franquismo, así como el régimen de Salazar en Portugal, son un buen ejemplo de las violentas y dolorosas contramarchas. Lo mismo ocurrió en el mundo eslavo y musulmán de los Balcanes.

1.7. En la sociedad francesa, sólo a partir de la guerra de 1870 el proceso fue también aperturista y progresivo, Con la única y lamentable excepción del período de ocupación alemana-nazi de 1940 a 1945. El caso del mundo eslavo muestra permanentemente un notable retraso en el proceso en descripción. Rusia y la ex U.R.S.S. son un buen ejemplo de lo que va expuesto. En Asia, el tema está recién en su prólogo. En Africa negra, todavía no ha llegado el tema en análisis. En general, en las sociedades humanas tribales, o con restos de tribalismo, el pluralismo no tiene posibilidad de existencia. La fuerza compactante tribal, o sus restos o sucedáneos, impiden toda discrepancia aceptada. Lo mismo ocurre en las sociedades fundamentalistas mahometanas, de Asia y Africa.

1.8. En el resto del mundo, con algunas pocas excepciones entre las cuales se halla Suiza, el proceso tuvo altibajos crecientes y notables. Y así continúa hoy. Sólo el ejemplo de los Estados Unidos, Canadá y Australia, muestran procesos de progresos permanentes, hacia el pluralismo.

1.9. Es así que a partir de fines de la segunda guerra mundial, en los países de democracia representativa, esto es, no dominados por el comunismo, y ubicados en el llamado primer mundo, el proceso tuvo un sentido positivo y aperturista, y por esa senda parecen seguir.

1.10. En el mundo comunista, y en el llamado tercer mundo, no existió pluralismo, ni pudo existir. El ordenamiento político comunista es su antípoda, al igual que lo habían sido antes el nacionalsocialismo y el fascismo, y sus formas semejantes en países de envergadura menor como España con el franquismo, y Portugal bajo Salazar. Y con relación concretamente al tercer mundo, el clima cultural político allí existente imposibilita totalmente toda vigencia de ideología plural.

1.11. En los países islámicos no negros, ni tribales, típicos del tercer mundo, tampoco existe, ni puede existir, proceso de pluralismo. Y solamente en algunas sociedades mahometanas no religiosas se acepta cierta forma larvada de disenso, en estos últimos veinte años. Pero ello es inestable y totalmente excepcional.

1.12. América Latina no reconoce la existencia del pluralismo, sino en algunos Estados, y en estos últimos años, y con relativo valimiento.

1.13. En el mundo desarrollado, y en todos los casos descritos, en los que se reconoce innegable existencia en cierto grado, mayor o menor, de pluralismo, se lo unifica con el concepto de democratización.

1.14. Y en consecuencia se ha entendido y se entiende, permanentemente hoy, desde el ángulo que va en exposición, que democratización comporta y significa pluralismo. Así acaece en el llamado primer mundo, y también en las demás sociedades humanas donde se manifiesta, con regular intensidad, el fenómeno que ocupa este estudio.

1.15. En los países de más notable y antiguo reconocimiento pluralista en las últimas décadas, la democratización comportó y significó la aceptación de la existencia de grupos sociales marginados, a los que se les da cabida social y política.

1.16. Los casos más típicos que ratifican lo expuesto se ven en los reconocimientos de las asociaciones de etnias que en la comunidad eran minoritarias, y de hecho marginadas, como en el caso de los negros, y de algunos otros supuestos de nacionalidades consideradas con grado y valimiento inferior, no son reconocidos esos disvalores oficialmente, pero sí vivida de esa suerte, aquella realidad que va en descripción.

1.17. A más significó también la aceptación de la presencia y representatividad de grupos que no habían tenido lugar o espacio aceptable en las sociedades, hasta el reconocimiento de su personería social. Es el supuesto de los homosexuales, o variables semejantes, hasta llegar al reconocimiento en algunas realidades, de grupos tipificados por enfermedades, como por ejemplo, en nuestro tiempo histórico, es caso lamentable del sida.

1.18. En los países más avanzados política y socialmente, el concepto contemporáneo de democratización, con el sentido de pluralismo, comporta la aceptación social, y en algunos casos política, de grupos marginados que sacuden a la opinión pública, como nuevos personajes de las realidades sociales, en medio de fuertes opiniones críticas, y a veces de violentos rechazos sectoriales.

1.19. Pero dentro del esquema de este estudio, resulta que al concepto de democratización se lo ve como sinónimo de pluralismo, Y es habitual argüir, por parte de los integrantes de los nuevos grupos reconocidos en las sociedades, y que van en descripción, el concepto de democracia y democratización, como el detonante elemento básico y fundamental, que legitima el accionar, de esos grupos pequeños o marginados, hasta entonces.

1.20. Este capítulo ha estado y está referido fundamentalmente a señalar que el concepto de democratización, así como está dicho y reiterado, es vivido y entendido como pluralismo.

1.21. Y además, como también fue expuesto, desde el ángulo que va en comentario, democratización y pluralismo son procesos que se retroalimentan, y se legitiman recíprocamente, en las mentalidades contemporáneas, en las sociedades del primer mundo que van individualizadas y descritas. Algo semejante, pero mucho más larvado, acaece en las demás sociedades humanas de nuestro tiempo.

## **2. Democratización como fundamento de legitimidad política, social y jurídica del sistema de gobierno. Y en general, de la institucionalización de la sociedad, como realidad política y de sus formas y contenidos jurídicos**

2.1. Así como la historia enseña, en cada uno de los grandes períodos que ella reconoce, han tenido primacía destacada una o dos, y en algunos casos tres, manojos de ideas básicas y centrales –ideas–fuerza, así llamadas por algunos– que dieron en cada circunstancia legitimidad a toda la estructura política, social y jurídica, que las sociedades humanas reconocían y exhibieron, en cada uno de esos períodos o estadios de la evolución cultural del hombre.

2.2. No hay duda alguna de que en las etapas iniciales de la historia del hombre, lo mítico, luego lo místico, y prontamente lo religioso, fueron en ese orden las ideas-fuerzas centrales, o manajo de ideas, de cada una de esas sociedades. Hubo tiempos de coexistencia de más de uno de esos pivotes de fuerza. Pero, por lo general, en cada período fue uno de esos factores el pre-valeciente. Y, al máximo, la coexistencia, sobre todo en los fuertes períodos de transición, se pueden encontrar, en concordancia, y permanente proceso mutativo, a dos de esos núcleos de conceptos de fuerza.

2.3. La antropología enseña y describe, con claridad, esos procesos, o al menos así lo intenta.

2.4. El primer período histórico que la humanidad reconoce luego del neolítico, ubica como idea fuerza central la unificación de lo sacro y lo profano. Y luego del originario período mítico, lo místico-religioso da fundamento a todo el sistema social, político y jurídico, de cada comunidad humana.

2.5. El primer período, como está señalado, visualiza y establece la integración y unidad entre lo sacro y lo profano. Este enfoque condiciona todo el quehacer comunitario e individual de ese período.

2.6. El segundo período que la historia del hombre reconoce, se asienta, entre otras ideas, en la diferenciación progresiva entre lo sacro y lo profano. Y entonces, el elemento de la violencia y de la fuerza física tipifica y justifica las organizaciones sociales y políticas, y las consecuentes estructuras jurídicas. No es que antes no hubiera habido ejercicio de fuerza, sino que entonces la unidad y no diferencia entre lo sacro y lo profano, fue condicionante. Y todo se visualizaba desde esa plataforma. En cambio, en el período

de diferenciación de aquellos dos mundos, la fuerza física en su ejercicio tomó clara relevancia en las relaciones de los mundos sacro y profano, y como integrante básico y decisivo de este último.

2.7. La traslación que hace el mundo de los hombres de las ideas religiosas, más fuerzas antropológicas, evidentemente centran prioritariamente la estructura del poder, en derredor de las líneas genéticas, con el aditamento fundamental del ejercicio de la fuerza.

2.8. En el recorrido que se produce desde que la ciencia histórica reconoce la existencia de conocimientos culturales individualizados como civilizaciones, esto es, alrededor del 4000 a.C., con Sumeria y con Egipto, la historia del hombre va ubicando, en cada una de esas culturas, ideas-fuerzas definitorias y calificadoras de las estructuras sociales y políticas.

2.9. En esas ideas-fuerza se ubica permanentemente el concepto de la legitimidad, como básico para el ejercicio del poder social, político y jurídico, en cualquier tiempo.

2.10. La legitimidad fundada en cada uno de esos períodos, en las ideas-fuerza pertinentes, va legitimando las estructuras políticas, sociales y jurídicas de cada proceso, y son el meollo de las evoluciones que van acaeciendo. Las mutaciones se producen siempre en el ámbito y dentro de las legitimidades justificantes del poder social y político.

2.11. Esto es, la legitimidad en el ejercicio del mando, como justificación de su propia existencia, está siempre vinculada, en la historia del hombre, a ideas-fuerzas típicas de cada período histórico.

2.12. A partir de la última parte del siglo XIX, y fundamentalmente en el siglo XX, y esencialmente en su segunda mitad, el concepto de democratización, es la fuente y vertiente fundamental, en que se alimenta la legitimidad contemporánea, de todo tipo de estructura política, social y jurídica.

2.13. Así que acaba el siglo XX, la democratización es la fuente de legitimidad de lo político, lo social y lo jurídico, en el mundo que se asoma al siglo XXI.

2.14. Hoy no hay duda alguna en el sentido de que, más que la idea de libertad, es la de democracia la fuente más trascendente, para el común, de la legitimidad política, social y jurídica, en nuestro tiempo, en Occidente, y en

el resto del mundo todo. En este tópico, no parece haber más discrepancias con la evaluación expuesta que la de los fundamentalismos religiosos. Es difícil prever el destino de esas sociedades enquistadas, pero reales y existentes en nuestra contemporaneidad. No hay razones bastantes, a mi entender, hoy, para visualizar, en el futuro inmediato, el proceso y fin de esas sociedades. Quizá en el futuro mediato la respuesta sea otra.

### **3. Democratización como fundamento de la legalidad política, social y jurídica de nuestro tiempo. Su instrumento: el voto igualitario y la ley del número**

3.1. Como consecuencia de la legitimidad descrita en el capítulo que precede, en nuestro tiempo, las estructuras que requieren de legalidad, la buscan también en la democratización.

3.2. De allí la fuerza fundamental del voto igualitario, que es la base de la legalidad contemporánea.

3.3. No hay duda alguna de que las formas de mayoría sobre la base de la igualdad, hacen a la esencia de la legalidad política, social y jurídica de nuestro tiempo. De allí la fuerza de la ley del número, en este sistema.

3.4. Es muy difícil desarrollar con signo positivo y aquiescencia, en nuestro tiempo, instituciones que marginen la legalidad democrática, y sus formas y rituales.

3.5. La legalidad en nuestros días, y así acaba el siglo XX y se enuncian los comienzos del siglo XXI, tiene en forma indubitable, en el ejercicio de la democracia, comprendida y desarrollada bajo el principio definitorio y pre-valeciente de la igualdad, y en función de la ley del número, su esencia, basamento y telos. Esto es, el juego de la mayoría describe, en nuestro tiempo, el fundamento, prácticamente universalmente indiscutido y único, de lo que es, se reconoce, y llama, la legalidad, en las sociedades humanas.

3.6. Podrá debatirse, y seguramente con éxito, el acierto de la mecánica operativa que va descrita.

3.7. No tengo duda del cúmulo e importancia de las objeciones razonadas, que puede merecer esta pretensión de único asiento básico de la legalidad, en el concepto de la democracia igualitaria, que va expuesto precedente-

mente. Esto es, la virulenta y definitoria afirmación de que no hay más democracia que la regida por la igualdad y el número.

3.8. Pero, de la misma suerte, y de la misma manera que acepto y reconozco la posibilidad cierta de objeciones valiosas a la mecánica operativa que va en descripción, señalo que las inmensas mayorías de las sociedades humanas contemporáneas suscriben la justificación de la legalidad, en la vigencia de la democratización, sobre la base de la igualdad descrita, y la ley del número.

3.9. Esta descripción es ajena al dato de valor. Se enuncia, como realidad fáctica, que es en nuestro tiempo.

#### **4. La democratización como forma de vida. Esto es, como filosofía, y como filosofía política**

4.1. Los capítulos que preceden llevan en definitiva a desarrollar también la idea central y efectivamente cierta, que así acaba el siglo XX; el concepto y la vivencia de la democracia exceden grandemente el esquema político y jurídico, e inclusive el propio esquema social, y hasta el ético, o al menos integra, a este último, dándole nuevo sentido y esencia.

4.2. Es así que la idea de la democratización ingresa con fuerza definitoria en todas las relaciones humanas. Y se constituye, a través de la legitimidad y de la legalidad descritas, en algo más que una filosofía política.

4.3. La democracia, en esta visión, se constituye, en nuestro tiempo, en una filosofía de vida. Esta visión nada tiene de original hoy. Hace tiempo que se dice, y se ha escrito largamente, lo que va leído.

4.4. Son muchos los estudios hechos en nuestro tiempo sobre la base del concepto que va expuesto.

4.5. Esto es, democratización como filosofía.

4.6. Y digo como filosofía a secas, pues ingresa ese sistema en todas las formas de vivencia, e inclusive hace a las más profundas relaciones humanas y, más allá de ellas, a la esencia del propio existir individual, y plural o colectivo.

4.7. Así que acaba el siglo XX, para la inmensa mayoría, y para gran parte de la intelectualidad de Occidente, y me animaría a decir del mundo todo, el concepto de democratización es la esencia de la filosofía (sin aditamentos), más trascendente, de nuestra contemporaneidad, y que recoge más acólitos hoy.

4.8. Ese concepto de democratización presupone una forma de convivencia, que se la entiende armónica y pacífica, por su propia existencia.

4.9. Da a sus seguidores y devotos el convencimiento de su propia justificación, sobre las bases igualitarias tantas veces señaladas, en los capítulos precedentes de este trabajo.

4.10. Democratización como forma de vida presupone siempre, y necesariamente, la vigencia del principio de igualdad, en todos los aspectos de la convivencia, por la sola condición humana, y al propio tiempo, reconocimiento de la propia personal identidad, como persona humana.

4.11. Esa igualdad e identidad se extienden a ámbitos que exceden lo político, e ingresan en las más diversas versiones de lo social y de lo ético. Y de allí, se va camino de lo gnoseológico y de lo ontológico.

4.12. Visto así el tema en análisis, se puede afirmar que el siglo XX acaba teniendo la democratización como su filosofía definitoria y básica.

4.13. De esta filosofía, como va dicho, habrá que deducir su forma ontológica, en la figura humana por su propia existencia de tal. Aquí y allí se ubica la esencia del sistema.

4.14. Su gnoseología está relacionada, y referida, puntual siempre y necesariamente, a la capacidad razonadora del ser humano. El ejercicio gnoseológico se dará, así, sobre la base de la igualdad ya señalada, parámetro que nunca debe ser olvidado ni mitigado, en este esquema de conocimiento que voy desarrollando.

4.15. La axiología o deontología de este sistema filosófico está referida a las apetencias de los hombres iguales, teniendo como primer valor fundamental la relacionada igualdad, tantas veces subrayada.

4.16. Desde la plataforma de descripción y análisis que corresponde este capítulo, esto es, la democratización como filosofía, sin duda alguna, y

sin excepciones, el fundamento se encuentra en el concepto igualitario tantas veces subrayado. Y las diversas zonas que hacen al conocimiento de esta filosofía, se encuentra en los parámetros y cursos de acción que surgen en cumplimiento del principio de la lógica de los antecedentes, partiendo de la vigencia del principio igualitario, y de la ley del número; no sólo la mecánica operativa, sino también el ámbito de las conclusiones; que son siempre dinámicos, y también mutantes de este concepto de democratización, como filosofía contemporánea.



## ESTADO Y CULTURA EN LA “CENTESIMUS ANNUS”

Por Pier Luigi Zampetti

La encíclica *Centesimus annus* marca un hito en el desarrollo de todo el pensamiento social de la Iglesia.

Han pasado ya cien años desde la promulgación de la encíclica *Rerum novarurn*, definida por Pío XI como la *Carta Magna* del orden social, basado en el respeto de la dignidad del hombre.

Cien años nos permiten ya hacer un balance. Han sido años atormentados, marcados por dos guerras mundiales, que sembraron muerte y destrucción, y que lejos de resolver los problemas, los han complicado y agrandado.

Las guerras son causadas por el mismo modo de ser del sistema económico y de sus relaciones con el sistema político. ¿Consigue acaso el Estado armonizar las fuerzas productivas para obtener el bien común, entendido como el bien de todos? ¿O es, al contrario, el Estado quien oprime al hombre y quien se pone al servicio de grupos que anteponen sus intereses al bien común?

Así pues, en el mismo planteamiento del problema emerge la propia concepción del Estado. El Estado al servicio del hombre es aquel que tiene como fin realizar y promover el bien común y los derechos del hombre. No es el Estado al servicio de un partido o de grupos de poder organizados, como los grupos de presión económicos. Y es precisamente sobre estos aspectos donde se detiene la encíclica.

¿Qué relación existe entre economía y Estado?(1). Es evidente que en el modo de plantear este problema surge la misma concepción del Estado de

---

(1) A este tema he dedicado los siguientes volúmenes: *La partecipazione popolare al potere. Una nuova alternativa al capitalismo e al socialismo*,

la época actual. El Estado no se puede concebir aislado, sino que va imbricado en la situación histórica que le corresponde.

Es extraordinariamente interesante destacar que, antes de hablar de las relaciones entre economía y Estado, la encíclica se detiene sobre el concepto de democracia. Habitualmente, cuando se habla de democracia se alude inmediatamente a la relación entre democracia y Estado. Y se habla de Estado democrático para distinguirlo de los Estados que no son democráticos, porque no se basan en el reconocimiento de los derechos políticos.

La encíclica habla de la democracia antes incluso que del Estado. La democracia no se puede limitar al sector político. Antes de ser atribuida al Estado, la democracia es una dimensión del hombre.

“Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana. Requiere que se den las condiciones necesarias para la promoción de las personas concretas, mediante la educación y la formación en los verdaderos ideales, así como de la “subjetividad” de la sociedad mediante la creación de estructuras de participación y de corresponsabilidad” (C.A., 46).

Democracia de la persona humana como participación. De aquí la pregunta: ¿está ligada la democracia a la participación? Y la democracia, ¿es necesaria para que el hombre sea considerado sujeto a la vez que objeto, de modo que concurra, por medio de las estructuras participativas, a promover la “subjetividad” de toda la entera sociedad?

Está claro que aquí no se habla de democracia solamente, sino de una concepción de la democracia fundada sobre los valores del hombre.

Pero ¿qué significa participar? Significa elegir o concurrir a elección. Pero, el hombre es también sujeto si concurre a la elección, si ella es reconducible a su voluntad. Así entendida, la participación se refiere al concepto de autodeterminación del hombre. Las estructuras de participación permiten introducir en la sociedad las opciones del hombre. He aquí por qué la encíclica habla de la “subjetividad” de la sociedad. Esta tiene un valor autónomo, precisamente porque se apoya, se entrelaza y articula en las opciones del hombre.

---

Mursia Editore, Milano, 1976; *La società partecipativa*, Dino Editore, Roma, 1981; *L'uomo e il lavoro nella nuova società*, Rusconi Editore, Milano, 1983; *La sfida del 2000*, Rusconi Editore, Milano, 1989.

Si la participación es la expresión de la opción del hombre, la democracia se basa sobre la persona solamente si se expresa en estructuras participativas. Una democracia que no permita la participación no es verdadera democracia.

Por estas razones, la encíclica observa que "la Iglesia aprecia el sistema de la democracia, en la medida en que asegura la participación de los ciudadanos en las opciones políticas" (C.A., 46). Pero ¿qué significa participar en las opciones?

La participación se puede producir de dos modos. Se puede participar eligiendo a los representantes y también se puede concurrir a determinar las opciones políticas en cuanto tales.

Si la democracia se basa en la persona, no basta la participación en la elección de representantes. Se trata de una participación limitada que no permite del todo crear las estructuras participativas. La elección de representantes es una condición necesaria, pero, ciertamente, es insuficiente para que se pueda hablar de democracia plena. Para que exista un auténtico régimen democrático no basta con limitarse al único ejercicio del derecho al voto. Hoy en día sigue siendo válido cuanto decía Rousseau, hace ya más de dos siglos, en su *Contrato social*: "El pueblo inglés cree ser libre porque vota. En realidad, sólo es libre en el momento de votar, después es más esclavo que antes".

Sólo habrá una verdadera democracia si el pueblo vota y concurre al ejercicio del poder.

La encíclica habla de los momentos sobre los cuales se apoya el sistema democrático. De hecho, después de observar, como ya hemos destacado, que "la Iglesia aprecia el sistema de la democracia, en la medida en que asegura la participación de los ciudadanos en las opciones políticas" (C.A., 46), añade que tal sistema. "garantiza a los gobernados la posibilidad de elegir y controlar a sus propios gobernantes, o bien de sustituirlos oportunamente de manera pacífica" (C.A., 46).

Y por esto resulta importante la formación y la educación de la persona. La democracia exige un proceso profundo de maduración cultural, proceso, éste, que no ha sido del todo favorecido por la concepción reductiva de la democracia, limitada al solo ejercicio del derecho al voto. Tal limitación no ha permitido la penetración de la sociedad en las instituciones sino que ha puesto en crisis las mismas instituciones democráticas, "que a veces parece

que han perdido la capacidad de decidir según el bien común” (C.A., 47), estando, al contrario, dominadas por “la fuerza electoral o financiera de los grupos que las sostienen(2). Semejantes desviaciones de la actividad política con el tiempo producen desconfianza y apatía, con lo cual disminuye la participación política y el espíritu cívico entre la población, que se siente perjudicada y desilusionada” (C.A., 47).

Y aquí entramos en el núcleo del problema. ¿En qué consiste la fuerza electoral o financiera de los grupos que sostienen sistemas democráticos? Para responder a esta cuestión fundamental debemos analizar el problema de las relaciones entre el sistema político y el económico. Este es un problema esencial. ¿Puede haber una verdadera democracia y un Estado democrático si el poder económico condiciona al poder político? Y, más aun, ¿cómo puede haber participación en las opciones, si el sistema económico es capaz de condicionar el mismo comportamiento de los hombres?

De la importancia de estas cuestiones nos damos cuenta al analizar la noción de Estado en las sociedades occidentales. Tal Estado se denomina Estado asistencial. y la encíclica afirma explícitamente que “deficiencias y abusos del mismo derivan de una inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado” (C.A., 48).

¿En qué consisten tales defectos y disfunciones? Empecemos antes por aclarar qué entendemos por Estado asistencial (3). El Estado asistencial es el propio de la sociedad de consumo. Y, en verdad, se llama también Estado de bienestar (“*Welfare State*”). Digamos que el Estado asistencial es el instrumento, el medio con que se realiza la sociedad de consumo. Sociedad de consumo y Estado asistencial son dos caras de la misma moneda. ¿Por qué?

Veamos, antes, qué es la sociedad de consumo y cómo se origina. El modo como se resolvió la crisis estructural americana de los años 30, fue el determinante del giro consumista. Sin entrar en detalles, registremos ahora dos fenómenos concomitantes. Bienes producidos no encuentran salida en el

---

(2) Para el desarrollo de estos problemas, cfr. mi obra *Democrazia e potere dei partiti*, Rizzoli Editore, Milano, 1969, y *La partecipazione popolare al potere*, citada anteriormente.

(3) En mi recentísima obra *La sfida del 2000*, he analizado los conceptos de sociedad de consumo y de Estado asistencial, de los que habla la encíclica, demostrando científicamente su estrecha interdependencia.

mercado, creando una crisis del sistema productivo y una creciente desocupación; los capitalistas no invertían por desconfiar del sistema. Según la previsión de Marx, el capitalismo parecía derrumbarse. La corrección adoptada entonces fue radical: a los que no tenían puesto de trabajo se les asignaba una renta bajo la forma de asistencia por parte del Estado. Esto permitía absorber los bienes producidos; pero, ciertamente, no resolvía la crisis económica, dada la renuencia de la iniciativa privada a invertir. Con el segundo "New Deal", el Estado provee a invertir por medio del déficit de la balanza de pagos ("*deficit spending*"), determinando así la propia inversión privada.

Se produjo así una revolución sin precedentes: el Estado se convertía en un engranaje del sistema económico. El Estado estaba en manos de la economía, mientras en los sistemas del socialismo real, la economía estaba en manos del Estado. Nacía así el Estado asistencial, que se convirtió en modelo de Estado en todo el Occidente. Estado que no se propone extender la propiedad privada a todos, según la enseñanza de la doctrina social, empezando por la *Rerum novarum* hasta llegar a la *Laborem exercens*, que habla de "copropiedad de los medios de producción" sino que la distribuye. Asignar rentas o redistribuirías bajo las diversas formas de asistencialismo, que no hay que confundir con la asistencia (que tiene carácter de subsidiaridad y no puede ser instrumentalizada por motivos económicos), significa formar una sociedad de consumidores, y ya no de propietarios. A diferencia del verdadero propietario, el consumidor no es persona, es decir, sujeto que decide. La manipulación publicitaria, unida a los mecanismos económicos, instrumentaliza la interioridad del hombre para incitarle a adquirir bienes, a veces inútiles o incluso nocivos, Y de la instrumentalización de la interioridad del hombre llegamos a la pérdida de los valores, al permisivismo y a la degradación de la sociedad. Por otro lado, siendo el Estado un engranaje del sistema económico, no está en condiciones de controlarlo ni regularlo, Así se explica el despilfarro de los recursos, tanto humanos como naturales, mientras se van contaminando los mares y la atmósfera.

Así pues, el Estado asistencial permite la instrumentalización del hombre en su mismo momento interior. El hombre, así instrumentalizado, ya no es quien elige, sino que es objeto de elección de otros. Por tanto, no es persona. El Estado asistencial no está fundado sobre instituciones democráticas y participativas. Para el Estado asistencial, la democracia se agota en el ejercicio del derecho al voto, pero no permite el concurso al ejercicio del poder. Y es por esto por lo que, con su voto, el elector no puede determinar o modificar su *status* socio-económico. Elector *pasivo*, el hombre es también consumidor *pasivo*. He aquí por qué no es persona: si no es activo, no puede escoger.

El Estado asistencial resultante, un engranaje del sistema económico, ha creado las “estructuras” de la sociedad de consumo, que producen la degradación del hombre, de la sociedad y de la naturaleza y, de aquí, las tres ecologías: la humana, la social y la natural (4).

He aquí las profundas disfunciones del Estado que han creado en Occidente un estatalismo, ciertamente distinto del estatalismo de los países socialistas reales. En estos últimos, la economía estaba en manos del Estado, mientras que en los occidentales, el Estado, y con él la sociedad, están en las manos y al servicio de la economía.

La simbiosis entre sociedad de consumo y Estado asistencial crea estructuras que son de pecado, porque impiden la plena realización de los que son oprimidos de diversas formas. Demoler tales estructuras y sustituirlas por formas de convivencia más auténticas, es una tarea que exige coraje y paciencia. Es evidente que tales estructuras no son sólo propias de los países del Este, sino también y en diversas formas lo son de los occidentales.

Así pues, es importante definir las funciones del Estado que eliminen las disfunciones.

El Estado tiene el deber de asegurar una armonía en el desarrollo económico, garantizando la libertad individual de la propiedad y guiando y vigilando el ejercicio de los derechos humanos en el ámbito económico.

“El Estado tiene, además, el derecho a intervenir cuando situaciones particulares de monopolio creen rémoras u obstáculos para el desarrollo. Pero, aparte de estas incumbencias de armonización y dirección del desarrollo, el Estado puede ejercer *funciones de suplencia* en situaciones excepcionales, cuando sectores sociales o sistemas de empresas, demasiado débiles o en vías de formación, sean inadecuados para su cometido. Tales intervenciones de suplencia, justificadas por razones urgentes que atañen al bien común, en la medida de lo posible deben ser limitadas temporalmente, para no privar establemente de sus competencias a dichos sectores sociales y sistemas de empresas y para no ampliar excesivamente el ámbito de intervención estatal de manera perjudicial para la libertad tanto económica como civil” (C.A., 48).

Como se ve, el Estado queda bien lejos de ser entendido como engrana-

---

(4) Cfr. sobre este punto el esquema paradigmático de mi obra *La sfida del 2000*, ps. 73/74.

je o infraestructura económica. El Estado debe quedar al margen del propio proceso económico, para desarrollar sus funciones de gula y armonización del desarrollo. "En este ámbito también debe ser respetado el *principio de subsidiaridad*. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común" (C.A., 48).

"Subjetividad" de la sociedad y Estado "subsidiario" son interdependientes, como también, en otra vertiente, la sociedad de consumo que deforma e incluso niega el "libre proceso de autorregulación de la sociedad" y el Estado asistencial son, a su vez, interdependientes.

En efecto, la encíclica precisa: "Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos" (C.A., 48).

Pensemos, por ejemplo, en los hospitales. Para protestar contra la ineficacia burocrática, los enfermos italianos ¡se han visto obligados a proclamar una carta de "derechos del enfermo!". Y si de los hospitales pasamos a analizar la situación en las instituciones escolares, en las de previsión o en otros servicios públicos, los *cahiers des doléances* (sic, libros de reclamaciones) son continuos y casi interminables.

Se hace uso de los servicios para fines distintos de los previstos, de estar en todo y por todo a disposición de los usuarios.

El Estado asistencial ya no es un Estado *democrático* sino *burocrático*: no está al servicio del hombre sino que, a menudo, lo instrumentaliza. Las estructuras públicas no permiten la formación de otras participativas. Estas solicitan, sin agotarías ciertamente, las iniciativas humanas que alimentan e inervan todo el tejido social. Empezando por la familia, donde se manifiesta la ayuda y la solidaridad recíproca de los esposos, que se refleja tanto sobre los hijos como sobre los ancianos. Pensamos igualmente en las más diversas formas de voluntariado que salen al encuentro no sólo de las necesidades materiales insatisfechas del hombre en la sociedad actual, sino que, sobre todo, lo elevan moralmente de tantas carencias y frustraciones que se estratifican en la sociedad de consumo.

Todas estas sociedades menores están llamadas a ser el motor que arrastre a toda la sociedad, sociedades menores que se basan precisamente sobre las estructuras participativas. En este ámbito nace y se consolida lo que la encíclica llama “la sociedad del libre trabajo, de la empresa y de la participación”.

Y es precisamente la participación que emerge en toda la sociedad la que hace comprender el verdadero significado de la democracia integral, es decir, la democracia participativa. En cierto sentido, ésta constituye la prolongación de la democracia representativa, limitada a la mera designación de los representantes y que es entendida solamente como democracia política. Por tal razón, ésta no se extiende a la sociedad entera ni está en condiciones de desarrollarla a la medida del hombre.

La democracia participativa es esencial para comprender el concepto mismo de desarrollo, que ya no se puede entender solamente como económico, sino como desarrollo del hombre en todas sus dimensiones y, por tanto, de toda la sociedad. El concepto de desarrollo y la “subjetividad” de la sociedad están estrechamente ligados.

Al contrario, el consumismo concibe el desarrollo únicamente como desarrollo económico, porque es creado y alimentado por el Estado asistencial, distribuidor de la renta (fruto de la descomposición de la sociedad), a escala nacional e internacional, con el fin de abastecer el consumo, aunque éste sea nocivo y dañino para el hombre.

El Estado asistencial está controlado por fuerzas económicas y grupos de intereses, que le impiden desempeñar sus funciones o combatir el problema ecológico, como indicábamos antes.

En conclusión, la democracia participativa y el principio de subsidiariedad del Estado son los dos puntos alrededor de los cuales gira el nuevo concepto de desarrollo, entendido como desarrollo integral, auténtico. La participación implica a cada hombre (sin excluir a nadie) y al hombre todo, es decir, al hombre en todas sus dimensiones. Y está en condiciones de conciliar el bien común con el particular.

La participación invierte el camino del Estado asistencial, que lo impulsa a llegar a un hombre, instrumento del proceso productivo. La participación parte de la cultura del hombre en la riqueza de sus recursos interiores, que son esenciales para una economía a la medida del hombre. Juan Pablo II,

en un importante discurso a la UCID (Unión Cristiana de Empresarios y Directivos Italianos), pronunciado en Roma el 14 de diciembre de 1985, hablaba explícitamente de una "concepción participativa de la economía".

Así pues, el desarrollo es un problema cultural, antes incluso que político o económico.

La democracia, entendida como proceso de promoción integral del hombre, y el Estado subsidiario que favorece y ayuda a dicho proceso, ya sea en el plano nacional o internacional, son los móviles que tiran del nuevo concepto de desarrollo. Éste es "el verdadero nombre de la paz", porque supera la cuadruplicación del mundo ligada al concepto de desarrollo puramente económico, tal como ha sido entendido hasta hoy mismo.

*"La concertación mundial para el desarrollo"* (C.A., 52), de la que se habla al final del capítulo que estamos analizando, penetra en este nuevo discurso cultural que nos hace comprender cómo el desarrollo económico es efímero, si no coincide con el desarrollo del hombre en cuanto tal. No puede haber riqueza exterior si no está alimentada por la riqueza interior del espíritu humano. Y hoy en día esto resulta fundamental cuando se piensa, como destaca el resto de la encíclica, que la nueva propiedad es la *"del conocimiento de la técnica y del saber"* (C.A., 32).

El conocimiento, el saber, es directamente reconducible al espíritu del hombre, a la explicación de su energía interior. La difusión del conocimiento en la sociedad post-industrial, que se llama precisamente sociedad de la información, favorecerá la participación que se presenta como el único y auténtico nuevo modelo de desarrollo.

Esta concepción del desarrollo se convierte en propia y verdadera concepción cultural, porque exige la total implicación de todo el hombre, que explica su capacidad, su inteligencia, su conocimiento del mundo y del hombre.

La participación se extrae de la cultura del hombre que, en su profunda interioridad, halla las fuentes mismas de su ser. Y es, precisamente, de esta interioridad de la que está necesitada la nueva concepción del desarrollo. Esta está fundada sobre el desarrollo de la persona, capaz de autodominarse y de ser solidaria con los demás, para promover el bien común.

Podemos preguntarnos: ¿por qué, pues, el hombre aún no se ha convertido en persona? ¿Por qué los sistemas orientales y occidentales, aunque de

distinta forma, se han alejado del hombre y lo han degradado, impidiendo la aportación de sus energías, que son esenciales para su bien y el de los demás?

Predicando la verdad sobre el hombre, la Iglesia nos hace redescubrir cuánto han olvidado tantos hombres. Cristo se encarna y se hace hombre para que todos los hombres se conviertan en personas. Cristo “es uno de los millones de hombres y, al mismo tiempo, es el Único”, exclama Juan Pablo II en su primera gran encíclica, la *Redemptor hominis*, Con la encarnación, Cristo está ligado de algún modo a todo hombre. Se encarnó para redimirlo y así poder permitirle desencadenar, en toda su potencia, su propia energía interna, que se transforma en energía externa.

La teología de la participación está fundada sobre la Encarnación. El antropocentrismo se apoya así en el teocentrismo. Cristo entra en el hombre a condición de que el hombre se abra a El. El hombre emerge en toda su grandeza. Sin la Encarnación y la Redención, el hombre no se puede convertir en persona, ser realmente solidario con sus hermanos. Con el misterio de Dios, hecho Hombre, el hombre puede continuar la obra de la Creación y de la Redención, descubriendo en el propio hermano el rostro mismo de Cristo. La cultura de la participación es entonces la verdadera cultura cristiana. Participación y cristianismo son conceptos que se reclaman mutuamente. La sociedad participativa, *alternativa* a la sociedad de consumo o sociedad secularizada, es una sociedad cristiana. He aquí por qué, en un sentido totalmente nuevo, distinto de aquel al que se refería Benedetto Croce, no podemos dejar de llamarnos cristianos. Y es un sentido nuevo, porque marca el comienzo de un grandioso proceso de difusión del cristianismo en el mundo (5).

Es el hombre quien, después de tantos extravíos, inquietudes y dolores, se reencuentra consigo mismo y, por sus mismas exigencias internas y externas, *solidario* con los demás, *parte activa* de la comunidad en la que colabora, de aquella pequeña y natural, que es la familia, hasta llegar por sucesivos grados intermedios, a otras más amplias y a la comunidad nacional e internacional. Los hombres tienden a convertirse en las nuevas centrales energéticas, capaces de dar a la sociedad una animación auténtica, fecunda, superando las limitaciones de un Estado que frena o impide la misma animación.



---

(5) En el último capítulo de mi obra *La società partecipativa*, dedicada a Juan Pablo II, he desarrollado este tema (Participación y Cristianismo).

## LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD

(La amplitud de la competencia de los Tribunales para revisar la legalidad de los actos de la administración según la naturaleza de éstos)

Por Gustavo Adolfo Revidatti (\*)

**SUMARIO:** 1. Las tesis.— 2. El *iter*.— 3. División de funciones.— 4. Potestades administrativas.— 5. Jurisprudencia sobre zona de reserva.— 6. Jurisprudencia sobre decisión plena.— 7. Conclusiones y consecuencias.

### 1. Las tesis

Las tesis que procuramos investigar en este trabajo se dividen en: mediatas e inmediatas.

a) lo final, lo esencial: que la determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones es un asunto sumamente importante, vinculado con investigación básica, que es lamentable que sea tenido de menos por algunos.

b) de la determinación de la naturaleza jurídica depende, a veces, asegurar un mayor o menor ámbito de libertad y garantía para los particulares.

### 2. El *iter*

Los asuntos que nos proponemos desarrollar para llegar a la afirmación final son los sgtes.:

---

(\*) Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en Corrientes.

1. En primer lugar la descripción del esquema de división de funciones, o de poderes que adopta la Constitución Federal del 53/60.

2. Las potestades administrativas: 2.1. resistencia; 2.2. clasificación clásica; 2.3. clasificación sugerida, principalmente a efectos de este trabajo.

3. La jurisprudencia sobre zona de reserva.

4. La jurisprudencia sobre revisión plena.

5. Las conclusiones.

### **3. La división de funciones**

Se ha señalado, generalmente, que la Constitución de la Nación, posee características, matices, que son propias de ella.

Sus autores estudiaron bien los documentos, legales o doctrinarios, del derecho comparado, pero también, sobre todo, nuestra historia, economía cultural, pasiones: nuestra realidad social. No actuaron como esponjas receptoras, ni como espejos duplicadores, sino como artífices. No se tomó para lo institucional un traje de confección en serie; se hizo uno artesanal, de medida.

Los convencionales tomaron de una y otra parte, en buena medida de su propia historia, de sus necesidades, de sus padecimientos, y de los resultados de sus luchas, los principios fundamentales.

A ello agregaron para la elaboración del texto político máximo, la Constitución, lo que otorgaron en el derecho comparado, donde ellos tuvieron los ojos puestos sobre todo en la Constitución Norteamericana. Con todo eso fraguaron el derecho público interno cuya parte más importante es el Derecho Constitucional pero la más voluminosa, el Derecho Administrativo, y para éste, la vista corrió del país del Norte a la Francia europea; se recurrió sobre todo al sistema francés en la inspiración de la legislación Federal, donde se manejan leyes, jurisprudencia y doctrinas galas. Gastón Jeze visitó más de una vez Bs. As. y ocupó sus cátedras. Hay, entretanto fuerte presencia de lo hispánico en las provincias, Pero la influencia más notoria es la del Tío Sam y la de la bella Gala.

Entonces debemos recordar que en esos dos lugares de influencia principal (Estados Unidos y Francia) el mismo principio básico de la división de poderes fue interpretado y aplicado de manera distinta.

Por el camino que seguimos en este trabajo les damos la denominación que a continuación consignamos:

a) La *DIVISIÓN FUNCIONAL*. – En esta forma de interpretación y aplicación de principios de Montesquieu, se tiene en cuenta la función que se realiza, lo material, lo objetivo. Si ella es judicial, corresponde que la realice el Poder Judicial, cualquiera sea el juziciable; incluso si lo hecho lo es por otro poder. El Superior Tribunal de la República, su Corte Suprema, revisa la constitucionalidad de las leyes, el cumplimiento o no por parte de la Administración, de lo que dispone el bloque de legalidad (incluso lo que de “administrativo” –organización por ejemplo– se realiza en el Poder Judicial). Lo propio cuando lo hace el Poder Legislativo.

Todo lo que objetivamente es jurisdiccional, cae en el que formalmente se prevé como competencia del Poder Judicial.

b) *ORGÁNICO*. – En cambio, en Francia, cuando la Revolución se instaló, sus jefes tuvieron temor de que el viejo esquema (estructura/organización) del Poder Judicial retrasase el cambio nulificando las decisiones revolucionarias. Se sancionaron, entonces, leyes que impedían al Poder Judicial revisar los actos administrativos, Así se originó la concepción orgánica en la división de funciones, que se manifiesta sobre todo, en relación a la Administración: todo lo administrativo es competencia de ese poder, incluso en caso de conflicto.

Si hay conflicto respecto de una decisión administrativa, no es la Justicia quien verifica su conformidad con el bloque de legalidad; lo hace la propia Administración, para lo cual se crea un organismo específico, independiente y muy sabio: el Consejo de Estado, al que comitá para que juzgue la legalidad (y, como es parte de la Administración, también a veces la oportunidad) de los actos del ejecutivo, que realiza la Administración activa, el “gabinete”.

Así:

a. Administración activa: el gabinete; acción.

b. Administración pasiva: el Consejo de Estado; revisión, jurisdiccional, entonces, está dividida en aquella que juzga lo concerniente a lo Administrativo, a cuya cabeza está el Consejo de Estado; y la que juzga los demás conflictos, a cuya cabeza está la Corte de Casación, cuando uno y otro –Consejo de Estado/Corte de Casación– tienen un conflicto de competencia, entra en funcionamiento un Tribunal Especifico, un Tribunal de Conflictos, integrado como componentes de ambos cuerpos que decide qué tipo de materia es, si administrativa o común.

Por eso fue que nació el Consejo de Estado con esta función actual (puesto que antes ya existía, pero con otras funciones): órgano que reviste con facultad jurisdiccional, lo que hace la Administración a la que la integra, aunque con independencia total. Administración activa por un lado y la pasiva o del juzgamiento por el otro, a cuya cabeza, según dijimos, está el Consejo de Estado, uno de los tribunales de mayor jerarquía, en la organización judicial mundial.

Nuestro sistema legal asumió una posición intermedia: se tomó algo de cada una de las dos versiones, todavía el asunto tiene sus complementos que son fundamentales. En primer lugar, es doctrina aceptada y recordada por casi todos los autores que la distribución de funciones, aunque debe ajustarse a los principios de razonabilidad que la Constitución impone, y consagrar el respeto de los derechos populares, sin embargo (al menos en parte) queda sometida a la decisión legal. Por ejemplo, una cuestión es contenciosa administrativa si así lo declara la ley; pero si a esa misma materia ella la somete luego a la competencia del Tribunal Civil (calificándola de implícitamente como asunto no administrativo aunque materialmente lo sea) es ante ellos – los Tribunales Civiles– donde deben reclamarse. Así pasa, por ejemplo con las expropiaciones (incluso con la retrocesión) y con otras relaciones típicamente administrativas cuyos diferendos, si se plantean, sin embargo son sometidos a la competencia de Juzgados Civiles. Lo Administrativo, asunto Subconstitucional, es la calificación legal.

Pero lo Histórico-dogmático es que la primer interpretación del texto Constitucional fue básicamente funcional. Cada poder actuaba ejercitando una función que sólo a él competía. Principalmente el Judicial: juzgaba todo lo que se admitía como juzgable. Porque también hubo de lo otro, la consagración y aceptación de la arbitrariedad como instituto constitucional: el “acto de gobierno”, no justiciable. Supra legal. Supra Constitucional. Supra humano porque afectaba, el derecho de las personas. “Derechos Humanos.

Más sobre todo en el último tiempo, fundamentalmente como consecuencia del importante aporte del profesor Marienhoff se ha afirmado la existencia, sobre todo en sede del Poder Ejecutivo de una “zona de reserva”, espectro propio, lugar de exclusividad. Insula aislada.

Se sostiene su consagración constitucional, sobre todo respecto del Poder Ejecutivo porque es allí, en realidad, donde se generan problemas en razón de lo dispuesto por el art. 67 inc. 28, cláusula residual, que otorga al legislativo, el ejercicio de toda facultad que no haya sido expresamente otorgada a otro poder.

Debió establecerse, entonces, cuáles eran esas facultades residuales y ello –entre otras razones– hace que se anuncie la teoría de la reserva, que afirma que por otro texto constitucional –el 86, sobre todo en el inc. 1– la facultad organizativa, regulatoria, etc., de la Administración corresponde sólo a esta en lo activo y lo pasivo, en el hacer y en el revisar. Allí actúa la Administración con exclusividad y sin ceder lugar a otro poder.

Entonces aparece claramente el esquema bifronte: nuestro sistema de división de poderes es funcional, según el tipo norteamericano, pero con ingredientes orgánicos tomados del modelo francés. Cierta cosa corresponde a la Administración porque se incita a ella, y por lo tanto solamente ella tiene facultad para decidir al respecto. Ningún otro poder puede inmiscuirse en la cuestión.

Respecto de lo primero tuvo primacía el resquemor al actuar violento de la Administración que origina, en la reunión de 1215, en los bosques cercanos a Londres, la Carta Magna, lo segundo el temor a la decisión enervante de los actos de la Revolución de Francia por los jueces del *A cien Régime*.

Así, pues, dejamos contestado este punto de nuestro *iter*: la división de funciones o poderes que adopta la Constitución del 53/60 tiene inspiración fundamental (sólo una, fundamental no exclusiva) en el modelo Norteamericano y se basa en el tipo de funciones de que se trate, en lo objetivo, en lo material. Si lo que se realiza es Legislativo, corresponde al primero de los poderes mencionados por la Constitución; si es de ejecución–administración, al segundo, y si lo es de jurisdicción al tercero. Legislativo, ejecutivo y judicial.

Pero con un ingrediente orgánico, tomado de la influencia francesa y su organismo administrativo, que asegura para la administración una zona de

actuación incontrolada, propia, de reserva. Que comenzó tenuemente entre nosotros, pero va afirmando su influencia y zona de contralor.

#### **4. Potestades administrativas**

El siguiente tema es el que se refiere a las Potestades Administrativas.

Nos debemos referir a ella para ubicar lo más claramente posible el asunto de nuestra preocupación.

Pero, tal vez pueda considerarse que se ha dedicado a esta cuestión más de lo necesario en razón de lo que es el tema central del estudio.

Lo que sucede, sin embargo, es que hemos dicho que una de nuestras tesis está vinculada con el aseguramiento de un mayor o menor ámbito de libertades y de garantías para los particulares; y en el sector al cual vamos a ingresar, ese agravio a garantías y libertades proviene del uso excesivo, abusivo, incorrecto, de potestades, y por lo tanto una de las cosas que debemos determinar es cuáles son las posibilidades revisivas respecto del uso de ellas. Para poder hacerlo es necesario que se recuerden los principios fundamentales en relación a esta institución, el de las potestades administrativas, institución que en sí misma está discutida.

Porque el asunto es debatido y mucho, y de un doble punto de vista digamos, en doble grada.

##### *4.1. Tesis que niegan su existencia*

Lo primero, vinculado tanto a si existen o no potestades administrativas y en su caso si su análisis aporta algo útil al cometido de la materia y el cumplimiento de sus fines últimos: el resguardo de los derechos y de las libertades, la contención del poder. “Todo quien tiene poder tiende a abusar de él”. Para evitarlo, los controles administrativos.

Éste nuestro Derecho Administrativo, el que queremos y para el que trabajamos, al sancionar normas, no crea poder nuevo, limita el preexistente. Lo racionaliza y lo humaniza.

En la posición negativa figura como estelar la del inteligente e informado profesor DROMI, El es insistente (ver *Derecho Administrativo*, Buenos

Aires, Ed. Astrea, 1992, t. 1, pág. 83; *Instituciones del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 173; etc.).

A esta posición adhiere el muy distinguido maestro Agustín A. GORDILLO en *Tratado del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1984 –2ª reimpresión–, Capítulo IV, pág. 13. Confiere poca importancia al tema porque sin dudas entiende que la tiene escasa (como lo ha dicho respecto a otras cuestiones) como lo dice de manera explícita en lo poco que se refiere al asunto. Hace sólo referencia en nota –la 8-2 de la pág. 4-13 antes mencionada– donde dice: “En general, es en este ámbito de los poderes del Estado donde se encuentran las teorías de más dudoso carácter científico. Para una crítica del concepto de potestades en general ver el acertado desarrollo que realiza Dromi, *Instituciones del Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 173 y siguientes”.

#### 4.2. Tesis que afirman su existencia Clasificación clásica

Otros maestros, en cambio, puede decirse que tienen una posición clásica, admiten su existencia y la necesidad de la exposición y análisis de las facultades, o potestades, o prerrogativas administrativas. Son muy profundos y sabios doctrinarios como los distinguidos académicos los doctores Miguel S. MARIENHOFF (*Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Ediciones Glem S.A., 1965, pág. 580) y Manuel María DIEZ (*Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 1985, t. 1, pág. 66; *Derecho Administrativo*, Bs. As., Bibliográfica Omeba, 1965, t. 1, pág. 261 y 262).

Tenemos entonces que dos autores que son representativos de toda la opinión afirmativa, encuentran distintas manifestaciones del obrar administrativo, creen necesario referirse a ella, y hacen aportes muy valiosos por su comprensión, clasificación, y análisis.

Compartimos: Que además de las cosas –las potestades, prerrogativas o poderes– existen (en realidad, ¿quién podría negarlo?), los detenidos o multados por faltas administrativas, los golpeados cuando se disuelve una manifestación tumultuosa no autorizada, quien una y otra vez ve frustrada su pretensión de plantar un arbolito en la vereda del frente de su casa, porque le falta cumplir con la exigencia de un inciso de un artículo, de una reglamentación Y compartimos también que es conveniente y necesario su estudio.

#### *4.3. Clasificación sugerida específicamente para el enfoque del trabajo*

Sin embargo: a los fines de este trabajo se puede utilizar (creándola) una clasificación, que, para este caso, puede ser más útil y facilitar la exposición de ideas.

##### *La clasificación según el origen de la potestad*

Porque hay facultades, o potestades, o competencias administrativas, que son dadas al Poder Ejecutivo por la propia Constitución que a su vez se las otorga porque está en la naturaleza de las cosas y se compadece con la naturaleza jurídica de la institución de que se trate.

Es la competencia propia, natural, razonable, lógica.

Al lado de ellas, de esas competencias propias, originarias y lógicas, en los países de Europa Continental e Insular apareció la competencia delegada como respuesta a necesidades que imponía la guerra, durante el primer gran conflicto mundial del 14/18. Entonces fue necesario que se resolviesen cuestiones con urgencia, y por eso las competencias para regular ese tipo de cuestiones, que tradicionalmente había estado en el ámbito legislativo, que lo hacía previo a los tradicionales debates en varias lecturas de proyecto (por lo menos 4); se pasan por delación a decisión del ejecutivo, pues él puede actuar con la presteza que la situación de crisis hace necesario.

Pasaron algunos años y la misma actitud fue adoptada por nosotros pero ya no en época de guerra (que gracias a Dios había concluido) sino de paz. Pero la delegación de funciones había sentado sus bases en el Derecho Constitucional y Administrativo, y se extendió, como mancha de aceite, a distintos países tocando también al nuestro, el cual, con guerra o sin ella, se sumó a la práctica de la delegación. La doctrina debatió intensamente, hubieron posiciones radicalmente contradictorias, pero finalmente se elaboró una comisión eclesíastica que se aceptó y desarrolló por la principal doctrina Constitucional y los principales fallos de la Corte.

Pero aún hay un tercer grupo de potestades que no suele ser mencionado (por lo menos no tan claramente) en el Derecho Constitucional y en el Político y que sin embargo está perfectamente determinado y es además bien conocido por el legislador, pues ha dictado normas al respecto y sobre todo es práctica diaria en lo administrativo, donde ocupa parte de la normativa y de la práctica.

Es decir: primero sólo lo propio, luego históricamente (al menos si se considera la aparición de textos con riguroso análisis doctrinario, y la resolución de bien planteados debates judiciales) en segundo lugar la delegación.

Sobre todo por parte del legislativo al ejecutivo, y sólo respecto de algunos asuntos; la fijación de las pautas básicas las retuvo, o debió retenerlas, el legislativo; sólo de, lo concreto y puntual se encargó el ejecutivo que tomó a su cargo la regulación.

Se destaca con nitidez la diferencia entre lo material y formal: materia, legislativa, formal, administrativa. Ilumina el tema de nuestra tesis: “La naturaleza jurídica”. Es materia legislativa la cosa delegada, es forma de naturaleza ejecutiva la manera de tramitar, sancionar, formalizar, y publicar lo decidido.

Por lo tanto: NO HAY, y naturalmente no se puede invocar, zona de reserva administrativa.

Es tema, materia legislativa, sujeta al contralor que a ella corresponde según bien elaborada doctrina. Se encuentran asuntos interesantes sobre todo en el tema de la responsabilidad legislativa por acto lícito.

En momento y forma casi simultánea, y de modo similar, el tercer paso. La sustitución que es tanto o más interesante que la delegación, no obstante lo cual es frecuentemente olvidada, al menos en cuanto no se le dedica la tipificación expresa y propia como merece. En los textos constitucionales y políticos naturalmente, porque en los administrativos, ni en la ley, ni en la doctrina, ni en la práctica, es olvidada en momento alguno.

Las potestades son sustituidas, de dos modos: cuando un órgano superior traspasa a otro de igual jerarquía en sus propias funciones, o cuando un superior respecto de dos o más inferiores, da instrucción a uno para que realice lo que corresponde al otro por conveniencias o necesidades del servicio.

En materia de organización administrativa esto es muy frecuente y esta expresamente previsto en la ley 19.549. Allí se habla de la abocación, delegación, o sustitución, además de función propia, claro está. Cuatro supuestos.

La avocación: cuando el superior asume lo que en principio está en manos del inferior, la delegación cuando el superior otorga al inferior lo que en principio le corresponde a él; y la sustitución que según dijimos puede ser de dos clases: de un órgano superior a otro de igual jerarquía, por acto convenido o consensuado entre ambos; o dispuesta por un superior para que tenga efecto entre dos o más inferiores. La competencia se pasa de un funcionario inferior a otro de igual jerarquía por instrucción de un funcionario de jerarquía superior.

Un ejemplo frecuente casi diario es el de la organización escolar aunque se repite también con frecuencia en materia policial y fiscal. En todo lo que haya que realizar trabajo fuera de la oficina, en la calle, en los campos, en otros establecimientos.

Repetimos ejemplos a los que habremos de recurrir.

Un funcionario debe inspeccionar una escuela de una localidad del interior, y otro agente un establecimiento vecino en la misma ciudad. El superior dispone que uno solo realice el trabajo de ambos y sustituye al que debe ir a una escuela por el que va a la otra, para que uno sólo haga el trabajo de ambos con natural economía de esfuerzos, tiempo y dinero.

Eso mismo ha hecho el Congreso en materia de regulación de competencias. Le ha otorgado al Poder Ejecutivo competencias que son propias del Poder Judicial. HA SUSTITUIDO EL ÓRGANO COMPETENTE.

La diferencia entre competencia: a) propia y originaria; b) adquirida por avocación; c) por delegación; y d) por sustitución, está expresamente admitida y mencionada por la legislación.

**LA PRIMERA:** *ES LA PROPIA DEL ÓRGANO*, la que le es necesaria para realizar aquello por lo cual el cargo fue previsto en relación a los cometidos estatales. El art. 7 de la Ley 19.549 como primer requisito esencial para la validez de un acto establece: “Ser dictado por autoridad competente”. Más luego en el art. 3 dispone que: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente... .

**LA SEGUNDA: ES LA COMPETENCIA AVOCADA.** Está mencionada específicamente en el mismo art. 3, 2ª parte que establece como excepción al ejercicio de la competencia que exista avocación. Consiste en que el superior se hace cargo de lo que en principio es competencia del inferior, lo previsto es que sea hecho por agente subordinado, inferior en la escala. En materia policial, por ejemplo, en lugar de que una declaración la tome un oficial sumariante, la recibe el inspector jefe; no se trata de un hurto, es un homicidio. Entonces el superior toma cartas y asume desde el comienzo.

En materia escolar un examen en lugar de ser tomado por el maestro de grado, es tomado por el director.

La avocación, es procedente salvo que se disponga lo contrario porque se entiende que con excepción de la existencia de competencia técnica (que requiere idoneidad especial del agente) lo que funda implícitamente el art. 3 es que quien puede lo más puede lo menos:

Si el inferior puede entender, el superior también. No habiendo, de por medio necesidad de especial conocimiento técnico o científico, por supuesto, porque no podría (por ejemplo) el director de un hospital que fuere médico sanitarista, avocarse a un trasplante de órgano. O el director de un establecimiento químico con un título de Ingeniero en esa especialidad realizar análisis hormonales de compleja especialización entre las técnicas coayudantes del arte de curar.

El principio –recepionado por la ley– es que corresponde salvo prohibición legal, que se decreta en casos muy excepcionales: cuando determinada idoneidad es requerida.

**LA TERCERA: LA DELEGACIÓN.** En primer lugar, rige el principio inverso. Hace falta que la norma lo diga en forma expresa para que pueda delegarse.

A diferencia de la avocación que está mencionada solamente en el art. 3, la delegación lo está también en el art. 14, de nuevo en el 19 (en la primera parte), y otra vez en el 19 inc. a.

Consiste en que un órgano superior otorga competencia a uno inferior o en general (no en la ley 19.549) cuando el órgano, aún sin ser superior sin embargo es el que confiere o distribuye y legisla sobre las competencias, y puede en todo caso otorgar a uno, lo que corresponde a otro.

**LA CUARTA: LA SUSTITUCIÓN.** Está mencionada en el art. 14 inc. b y en el art. 19. A diferencia de los casos anteriores la sustitución puede ser de dos tipos; en uno equiparable a la avocación, y en el otro a la delegación. Es decir, en un caso se trata de sustitución de un órgano superior por otro también superior; de igual jerarquía. En el otro, en cambio, se trata de un órgano superior que sustituye a un órgano inferior de su dependencia por otro también inferior y también de su dependencia.

Por ejemplo en un ministerio, el de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio, el subsecretario de agricultura resuelve inspeccionar una zona de sequía. Lo propio resuelve hacer el subsecretario de ganadería. Toman recíproco conocimiento de la decisión similar. Entonces el último se dirige al primero y le pide que verifique lo que él necesita y que tome las medidas vinculadas con lo que a él le corresponde, para evitar la doble inversión de tiempo, esfuerzo y dinero.

El otro supuesto es cuando un superior sustituye a un inferior por otro. Por ejemplo se comunica por dos unidades de organización –dos escuelas en una ciudad del interior– la supuesta comisión de irregularidades y el jefe del Dpto. sumarios (que a veces funciona en la Fiscalía de Estado y a veces en oficina propia), designa un sumariante para que se traslade a una de las estructuras.

Y otro para que lo haga a la segunda. Pero alguien advierte que en realidad los establecimientos están próximos, la localidad es la misma, y que aparentemente es poco el trabajo a realizar. Entonces se deja sin efecto la doble designación, y se sustituye a uno de los funcionarios por el otro, encomendándole a uno sólo la realización de ambos procedimientos.

Así, pues, hay cuatro grados en el otorgamiento de competencias y consecuentemente de potestades: las que son propias, las que son delegadas, las que son avocadas y las que son sustituidas.

Estas últimas, las sustituidas, son aquéllas respecto de las cuales se encuentra menos bibliografía porque según lo decimos son equiparables a la delegación o a la avocación y por lo tanto la doctrina y la jurisprudencia: en caso de sustitución en órganos de igual jerarquía se aplican los principios de la delegación y cuando se trata de sustitución entre órganos de jerarquía inferior se aplican los principios de la avocación. De allí la escasa bibliografía que mencionamos.

Esto de la competencia sustituida es uno de los aspectos que más se debe atender para el enfoque de este trabajo.

No se trata de que un poder delega en otro la función que le es propia, sino que el poder distribuidor de competencias, otorga a uno lo que corresponde a otro. Por practicidad, porque cree necesaria mayor presteza, mayor eficacia, mayor preparación, mayor especialización: lo que en principio, según la Constitución, es materia de competencia de un poder que se otorga a otro.

Concretamente el asunto es que en algunas oportunidades el Congreso, al legislar sobre ciertas materias, no le otorga la competencia de juzgamiento, al Poder Judicial (como manda la Constitución) sino al poder administrador.

Por supuesto que cuando las primeras leyes de este tipo se sancionaron, fueron severamente cuestionadas por algunos como inconstitucionales.

No se las admitió en absoluto, por los más celosos custodios del texto constitucional.

Pero al final, como en el caso de la delegación, se llegó a una posición ecléctica. Se admite la sustitución del judicial por el administrador siempre que haya posibilidad de contralor bastante posterior por parte de aquél poder a quien la Constitución otorgó competencia.

Nadie ha expresado mejor y en ningún lugar está más claramente expuesta la doctrina, que en el fallo “Fernández Blanco” de la Corte a cual nos referimos luego.

#### 4.4. *El estado actual: un resumen*

En los siguientes capítulos de nuestro trabajo, entonces, volvemos al comienzo. A las formas de división del poder y sus consecuencias.

Porque hemos dicho que la forma de efectivizar en nuestra organización política el principio expuesto por Montesquieu fue una solución propia, acusada por nuestros constituyentes, de acuerdo a las necesidades de nuestra convulsionada sociedad. Perfeccionada luego por la doctrina, se plasma en una Constitución que innecesaria, inadecuada, indebidamente, se mantuvo estática mientras que la sociedad cambiaba. Mientras cambia el mundo.

Se llega así a la actual organización/regulación: a) el Poder Ejecutivo ejerce potestades o competencias propias; b) competencias o potestades delegadas; c) competencias o potestades sustituidas; y naturalmente, todas y cada una de ellas dan lugar en alguna oportunidad al debate judicial.

Así crea “sistema” donde la Corte sienta principios que son fundamentales.

Primera posibilidad: materia de potestad propia; el examen jurisdiccional una vez que admite que el Ejecutivo actuó en su zona de reserva, naturalmente es limitado y la intervención de la Corte –y demás tribunales– en esa zona no es admitida.

Ella debe analizar y determinar si la competencia ha sido ejercida dentro de los límites de la ley (con competencia) asegurando la defensa del interesado; y concluyendo en resolución razonable. Si eso está cumplido el Judicial no puede ingresar a la zona de reserva para analizar si el Poder Ejecutivo hizo bien o mal lo que es propio de él. Basta que sea razonable. Lo contrario sería alterar el sistema de separación de poderes. En numerosos fallos la Corte ha sentado esa doctrina.

Allí es donde se aplica todo cuanto dijimos respecto de la zona de reserva.

Segunda posibilidad: es igualmente clara la Corte cuando se trata de los otros supuestos, de las otras posibilidades. Es más clara en los fallos referidos a la “sustitución” pero, lo propio se aplica a “delegación”.

Es en los “Fallos” donde mejor se han expuesto los principios. Lo veremos después.

En principio: no hay más de por medio “zona de reserva” que limite la competencia de la Corte; no hay alambrados, ni cotos: la revisión es plena y bastante. El derecho de alegación y pruebas no tiene límites, salvo los de rigor, los de toda “causa”.

En resumen la división y los principios básicos:

a) competencia propia: 1) zona de reserva; 2) judiciabilidad limitada.

b) competencia delegada y sobre todo sustitución: 1) judiciabilidad amplia; 2) revisión plena. Amplia y bastante.

Debido a todo esto, en este momento, el Poder Ejecutivo ejerce tres tipos de potestades:

a) las propias que son todas las que tiene en virtud de la enunciación del art. 86 C.N.;

b) las sustituidas que corresponde a uno (el judicial) pero otro (el congreso) se lo ha otorgado porque es el ejecutor e intérprete de la Constitución, es distribuidor de competencias, cuando no hay cláusula expresa a un tercero (el ejecutivo); que también ha admitido la Corte pero en respecto de las cuales sin embargo, no se ha profundizado por la doctrina lo suficiente y (eso ha sido una de las razones que ha dado lugar a este trabajo).

El asunto es que la diferencia entre potestades propias y las demás, sobre todo las sustituidas es muy grande. No se advierte distingo en lo que hace a contralor jurisdiccional (o judicial) entre potestad delegada y sustituida, porque en ambos casos el contralor que corresponde al Poder Judicial tiene igual amplitud.

Pero en cambio es distinta la situación cuando se trata de facultad propia.

Entonces tenemos que aquellos tres tipos de potestades se resumen en dos soluciones en lo que a este respecto de su naturaleza jurídica se refiere: a) la potestad originaria y propia, por lo tanto administrativa o b) delegada o sustituida y, por lo tanto, legislativa o judicial.

Las conclusiones deben ser –y son– distintas para uno y otro supuesto. Si la potestad es propia de la Administración y ésta tiene zona de reserva, hay ese límite (el de la zona de reserva) a la revisión judicial; si en cambio es sustituida o delegada, la función (cualquiera fuera quien la ejerciese) mantiene su naturaleza originaria (legislativa/judicial) y, en consecuencia, no hay zona de reserva administrativa, ni limitación a la judiciabilidad por esta causa.

Tenemos entonces pues, que en primer lugar; histórica y dogmáticamente encontramos que el Poder Ejecutivo ejerce por derecho propio, en ejercicio de sus prerrogativas, dispone de esa potestad a título propio,

porque así corresponde a la propia naturaleza de la organización estatal. Allí tiene una zona exclusiva, una zona de reserva. Ello no puede ingresar a otro poder.

Paralelamente; función y competencia que se agregan después; que ya no son aquellas que están previstas como de ejercicio propio; las tiene por delegación o sustitución. La naturaleza es distinta. El régimen también.

La competencia de la Corte es clara, mucho más clara de lo que podamos ser nosotros. Sobre todo cuando explica y resuelve:

a) cuando corresponde (en primer lugar fundamento y concepto) respecto de la “zona de reserva”. Correlativamente fundamento y concepto de revisión amplia y bastante, en los otros casos (sobre todo sustitución).

Resumimos reiterando:

a) Competencia propia: a) zona de reserva b) judiciabilidad sólo para determinar si en efecto la actuación fue en esa zona (competencia–defensa–razonabilidad).

b) Competencia delegada y, sobre todo, sustituida: judiciabilidad revisión plena. Amplia y bastante.

En segundo lugar, también históricamente aparecen las competencias delegadas y sustituidas e igualmente es clara la Corte cuando se trata de estos otros supuestos y posibilidades. Es más clara en los fallos referidos a “sustitución”, pero lo propio se aplica a “delegación”.

Es en los Fallos donde mejor se ha expuesto los principios. Lo veremos después.

En estos casos, en que el principio básico: no hay “zona de reserva” que limite la competencia de la Corte; no hay alambrados, ni cotos, la revisión es plena y bastante. El derecho de alegación y prueba no tiene límites, salvo los de toda “causa”.

Pocas veces puede encontrarse más clara y sencillamente consignada la diferencia entre instituciones: a) en competencia propia de la administración, en casos de conflicto, el tribunal sólo analiza si el órgano administrativo obró cumpliendo las normas de competencia y de procedimiento que surgen de la

propia Constitución porque están en los arts. 1 y 18 del Código Magno. Si se ajustó (competencia y defensa) al bloque de legalidad.

Si es que el órgano actuó conforme a su competencia y dentro de los límites que impone el fin para el cual la competencia fue otorgada; y si además dio satisfacción a los principios generales del derecho de defensa, y si finalmente la resolución guarda la razonabilidad que imponen los arts. 31 y 33, entonces ya nada más queda para analizar a la autoridad judicial.

Lo demás es mérito, y el mérito es zona de reserva. Tratándose, pues de función administrativa la jurisdicción revisa si hubo ejercicio correcto de competencia, si se respetó el derecho de defensa y si no hay arbitrariedad; una vez que ello está cumplido es que se verifica que no hay vicio, nada más analiza el poder judicial respecto de la actuación funcional del Poder administrador.

Más tajante fue la Corte en octubre 10 de 1969 en el caso “Kusnir, Juan Enrique c/Universidad Nacional de Buenos Aires s/de-manda contenciosa administrativa” donde dijo: “4º) que en las condiciones apuntadas, la decisión del Rectorado tiene apoyo en el ejercicio razonable de las facultades de orden interno disciplinario, y docente que le son propias, y no puede, por lo tanto ser objeto de revisión judicial, según se ha admitido por la reiterada jurisprudencia de esta Corte que cita el a *quo*”.

En 1982 del 21 de septiembre tuvo oportunidad la Corte de analizar nuevamente la cuestión en el caso Garibaldi. Prácticamente repitió lo que venía diciendo “si bien es incuestionable que el Poder Judicial se encuentra investido de la potestad de revisar los actos disciplinarios emanados de la administración, también lo es que el ámbito posible de la intervención de los magistrados sólo comprende, salvo el caso de arbitrariedad manifiesta, el control de su regularidad y no el de la conveniencia o razonabilidad de las medidas que los funcionarios competentes hayan adoptado en ejercicio de las facultades de que se hallan investidos por normas cuya validez no ha sido objetada (Fallos: 275-50 (3), 60 (4); 278-131; 295-636; causa Ginart de Castex, Amelia c/Resolución RI 207/79, G.634 L. XVIII 631, L. XVIII, sentencias del 23.7.81.

Vimos así cuál es la posición jurisdiccional vinculada con las decisiones que adopta la Administración en ejercicio de función estrictamente administrativas, de eso que, en el esquema que antes hemos dicho, corresponde a la labor funcional administrativa.

Se superpone con el concepto orgánico y, en consecuencia, la justicia analiza si se ha cumplido: a) con el conjunto de recaudos que hacen a la competencia; b) al derecho de defensa; y c) a la razonabilidad (excluir arbitrariedad). Estando ellos reunidos, de ninguna manera me inmiscuyo en otras cuestiones: las de oportunidad o mérito.

En resumen: cuando es facultad propia de la administración la zona de actuación exclusiva que la Constitución le ha otorgado, limita la judiciableidad.

No así cuando la administración no está ejerciendo una facultad que no le es propia sino una que le fue delegada o sustituida. Allí no puede pretender que no se revise lo que hizo, porque no es cosa suya puesto que sólo le fue prestado.

Así cuando, la materia es judicial se le otorga competencia en primer grado a la administración, no hay, no puede haber, zona de reserva porque no hay facultad administrativa en juego; no la otorgada por la Constitución. Por el contrario lo que está, es la facultad del Poder Judicial a quien no se le puede ocultar su función y sus competencias.

Por lo tanto, para que la ley que otorga sustitución sea válida, la posibilidad de revisión posterior judicial no puede ser cercenada: debe ser plena y total.

## **5. Jurisprudencia sobre la zona de reserva**

Con respecto al reconocimiento de una “zona de reserva respecto del obrar del Poder Ejecutivo”, su extensión y caracterización la jurisprudencia de la Corte es posiblemente lo más claro y el lugar donde mejor se ha expuesto los principios que deben aplicarse.

a) Preservando, en ejercicio de poderes propios, la zona de reserva administrativa, pero demarcando al propio tiempo sus límites, la Corte dictó muchos fallos, pero bastará con algunos ejemplos.

En octubre 10 de 1969 en el caso Galleti Oberdan y otro c/Universidad Nacional de Buenos Aires s/Demanda Contenciosa Administrativa, dijo: “6) Que en cuanto a la pretendida desproporción de la sanción impuesta, con respecto a la falta cometida no es materia que pueda discutirse por los jueces,

cuando la facultad disciplinaria corresponde a las autoridades administrativas, como lo recuerda el Sr. Procurador General y lo dijo esta Corte en el fallo que alude el considerando 1”.

En julio 10 de 1984 en “Marra de Melincoff Alicia L. c/Universidad Nacional de Bs. As.”, en una posición que alguna vez se ha dicho que es más elástica dijo: “3) Que si bien es cierto que la atribución jurisdiccional no puede llegar a establecer el control de los jueces sobre cualquier sanción disciplinaria impuesta a los servidores del Estado, ya que es sin duda indispensable que el órgano administrativo cuente con la facultad de libre apreciación de faltas, corresponde sin embargo admitir que procede la intervención de la justicia cuando se cite investigar si en la imposición de las medidas que se adopten, se hizo uso legítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuáles deben ejercerse las atribuciones otorgadas. En tal sentido el control de legalidad supone la debida aplicación del órgano administrativo de las normas estatutarias de manera que tanto la descripción como la clasificación de los hechos sea correcta, y es de buena doctrina que el control de legitimidad se cumple ponderando, entre otras cosas, el prudente y razonable ejercicio de las facultades del Poder Administrador, porque no es admisible una actuación discrecional e irreversible de aquéllas potestades. 4) Que establecidos así los límites de la competencia del órgano jurisdiccional, corresponde examinar ahora si la decisión del *a quo* se encuadró dentro de ella. En el caso “sub examen” la actora fue dejada cesante con fecha 5 de julio de 1979 en atención a las faltas injustificadas. Obvio es, entonces, que sólo pudieron tomarse en cuenta las audiencias anteriores a esa fecha –tal como lo hizo el *a quo*– y no las posteriores como pretende el recurrente, pues de otro modo o se computaban inasistencias cuando la empleada había sido dejada cesante y sin obligación de concurrir al trabajo o la cesantía habría sido decretada por causales inexistentes, sobre la base de circunstancias no probadas. En tales condiciones el pronunciamiento de la Cámara se enmarcó dentro de las facultades de revisión que le asisten, de otra manera habría caído en gruesa arbitrariedad, lo que también descarta el rigorismo formal que se le imputa.

Por ello y lo dictaminado por el Procurador General se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia del recurso. Con costas. Genaro R. Cario. José S. Caballero – Carlos Fayt. Augusto C. Belluscio”.

Pocas veces puede encontrarse más clara y sencillamente consignada la diferencia: El tribunal analiza si el órgano administrativo obró conforme al bloque de legalidad, cumpliendo las normas de competencia y de

procedimiento –defensa– que surgen de la propia Constitución porque está en los arts. 1 y 10 del Código Magno.

## **6. Jurisprudencia sobre la revisión plena**

Vimos así cuál es la posición jurisprudencial vinculada con las decisiones que adopta la administración en ejercicio de función estrictamente administrativa, de eso que, en el esquema antes dicho, corresponde a la laboral funcional administrativa.

Se superpone con el concepto orgánico y, en consecuencia, la justicia analiza si ha cumplido con el conjunto de recaudos que hacen a la competencia, y al derecho de defensa, y a la razonabilidad ingresando incluso al control de constitucionalidad; y estando ellos reunidos, de ninguna manera, se inmiscuye en cuestiones propias de la administración: oportunidad o mérito. La jurisprudencia sobre revisión limitada. Muy distinta, en cambio, ha sido la posición de la Corte cuando se trata de ejercicio, por parte de la administración, de funciones que por su naturaleza son jurisdiccionales, a lo que en el esquema originario de la Constitución corresponde a la competencia de los jueces.

En el caso anterior el contralor era limitado fundamentalmente a tres aspectos que son básicos, uno de competencia, otro de procedimientos, el último de razonabilidad para evitar lo arbitrario.

Aquí, en cambio, el principio es absolutamente distinto: el contralor es total. En el caso anterior mencionamos varios pronunciamientos para que quede bien clara la doctrina. Aquí es suficiente con uno: por la trascendencia que tiene en el Derecho Argentino, y, porque, además, la Corte fue extensa y explícita en sus considerandos, de modo que no quede duda alguna en relación a su doctrina. Es el caso Fernández Arias.

El fallo es del 19 de septiembre de 1970 y sus partes pertinentes dicen:

“5º) Que, como punto de partida, es preciso advertir que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes. Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de

especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del Estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado; y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social (véase *Fallos*: 199:483, págs. 524 y 536), los que de otra manera sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos (LANDIS, James M., *The Administrative Process*, ed. 1950, págs. 1, 6 y sgtes.).

10º) Que esa doctrina, tendiente a adecuar el principio de la división de poderes a las necesidades vitales de la Argentina contemporánea y a delinear –en el aspecto que aquí interesa– el ámbito razonable del art. 95 de la Constitución Nacional, se apoya, implícitamente, en la idea de que ésta, lejos de significar un conjunto de dogmas rígidos, susceptibles de convertirse en obstáculos opuestos a las transformaciones sociales, es una creación viva, impregnada de realidad argentina y capaz de regular previsoriamente los intereses de la comunidad en las progresivas etapas de su desarrollo (doctrina de *Fallos*: 178:9).

12º) Que, sin embargo, la referida doctrina, según la cual es válida la creación de órganos administrativos de la especie indicada, no supone, como es lógico, la posibilidad de un otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales. Esto es lo que surge de los precedentes citados en el considerando anterior, los que ilustran en el sentido de que la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que, desde luego, no es lícito transgredir. Porque va de suyo que regímenes del carácter del que en estos autos se impugna dejan de ser válidos cuando, confrontados con las normas básicas del ordenamiento jurídico, de las que no deben ser sino consecuencia (art. 31 de la Constitución Nacional), resulta evidente que las infringen, en vez de acatarlas o a lo sumo adaptarlas respetando su esencia.

13º) Que entre esas limitaciones preestablecidas figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a *control judicial suficiente*, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (*Fallos*: 244:548).

14º) Que el alcance que ese *control judicial* necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente *suficiente*, no depende de reglas generales u omnicomprensivas, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica. En otras palabras: la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizar-los, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc. (*Fallos*: 244:548), y todo ello, como es natural, obliga a examinar, en cada caso, los aspectos específicos que singularizan a la concreta materia litigiosa.

17º) Que en las decisiones citadas, y en otras similares, la Corte Suprema admitió la actuación de cuerpos administrativos con facultades jurisdiccionales, mas lo hizo luego de establecer, con particular énfasis, que la validez de los procedimientos hallabase supeditado al requisito de que las leyes pertinentes dejaran expedita la instancia judicial posterior. Así, se asignó valor esencial a la circunstancia de haberse previsto “oportunidad para que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo” (*Fallos*: 187:79), estimándose imprescindible el otorgamiento de “recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial” (*Fallos*: 195:50), en la inteligencia de que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente “con los derechos y garantías constitucionales” (*Fallos*: 207:346). Y en la breve pero importante sentencia de *Fallos*: 199:401, se encareció la necesidad de validar el recurso ante la justicia federal contra las resoluciones del Tribunal Bancario de la ley 12.637, por estimarse que un criterio distinto privaría a las partes “de la segunda instancia que es la propiamente judicial y que obvia, por ello, el carácter administrativo del tribunal de primera instancia” (considerando 3º).

20º) Que una interpretación contraria no tendría cabida dentro del derecho argentino, en mérito a dos razones principales. Primeramente, porque el art. 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia (*Fallos*: 193:135; 209:28; 246:87, considerando 9º). Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, como lo hacen las leyes que el recurrente tacha de inválidas, existe agravio constitucional originado en privación de justicia. En efecto, ésta se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art.

18, queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho, sea que ello ocurra con motivo de situaciones contradictorias como la contemplada en *Fallos*: 193:135 (en igual sentido: *Fallos*: 178:333; 179:202; 234:382; 237:285, etc.), o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa (*Fallos*: 234:482), o bien –como acontece en la especie– a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial (doctrina de *Fallos*: 129:405, considerando 2º; 184:162, considerando 3º; 205:17, considerando 3º). Puede afirmarse, por tanto, que; aun cuando el art. 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos, siempre que estén en juego derechos, relaciones e intereses como los que aquí se debaten, los que de ningún modo pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios sin agravio constitucional reparable por la vía del art. 14 de la ley 48.

21º) Que la segunda razón invocable es igualmente decisiva. Ningún objetivo político, económico o social tenido en vista por el Poder Legislativo, cualquiera sea su mérito, alcanzaría a justificar la transgresión acreditada en la causa, Como se dijo al comienzo, el principio de la división de poderes puede y, sin duda, precisa ser adecuado a las necesidades de la vida contemporánea, en la medida en que lo toleren la generalidad y la sabiduría de las normas constitucionales, prescriptas para regir indefinidamente en el tiempo. Pero una cosa es la *adecuación* a él y otra la patente *violación* de su esencia. En cuanto implica que incurre en esta última, el total desposeimiento de atribuciones que, en perjuicio del Poder Judicial, consuman las normas impugnadas, no puede ser convalidado. Admitir su legitimidad importaría tanto como autorizar la supresión o cuando menos la omisión del aludido principio, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas.

22º) Que, advertida de ello, esta Corte estima indispensable expresar cuáles son los términos estrictos entre los que deberá optarse, inexcusablemente: o las leyes de cuya aplicación se agravia la demandada son inconstitucionales, o se acepta que el Poder Legislativo –so color de proteger altos intereses públicos– puede vulnerar derechos como el de defensa, y convertir en su opuesto a las instituciones que los constituyentes decretaron y establecieron para la Nación Argentina. Ante semejante disyuntiva, la elección no ofrece dudas. Es falsa y tiene que ser desechada la idea de que la

prosperidad general, buscada a través de los medios del art. 67, inc. 16, constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos o la integridad del sistema institucional vigente. La verdad, ajustada a las normas y a la conciencia jurídica del país, es otra. Podría expresársela diciendo que el desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1º y 28 de la Constitución, sino que, al contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental. Porque, para esas normas y esa conciencia, tan censurables son los regímenes políticos que niegan el bienestar a los hombres como los que pretenden edificarlo sobre el desprecio o el quebranto de las instituciones.

23º) Que, por las consideraciones que anteceden y con su alcance, esta Corte, en su actual integración y practicando un nuevo análisis del problema planteado, declara la invalidez de la organización vigente de las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales.

24º) Que ello hace innecesario considerar en esta causa los demás agravios formulados por el apelante, en referencia al art. 67, inciso 11, de la Constitución Nacional y a la garantía de la igualdad ante la ley, así como a la arbitrariedad aducida.

En su mérito, habiendo dictaminado el Sr. Procurador General, se revoca la sentencia apelada de fs. 303/307 y se deja sin efecto lo actuado en la causa”.

## **7. Conclusión y consecuencias**

Llegamos al final que dividimos en dos partes:

- a) la conclusión;
- b) la consecuencia.

La conclusión es que nuestro régimen está estructurado en un sistema de separación de poderes de configuración propia, atípica, ecléctica, pues es funcional, pero con caracteres propios porque dentro de ello, de lo funcional, sin embargo hay componentes orgánicos, que constituyen “la zona de reserva”. Zona que es propia del Poder Ejecutivo, cuya actuación no puede ser objeto

de revisión por parte de la autoridad jurisdiccional, salvo respecto a asuntos muy extremos y críticos, cuando se plantea que no hubo uso sino abuso de poder (son sólo tres cuestiones: a) Si el P.E. tenía competencia, pues sin competencia no hay potestades; b) si el particular tuvo oportunidad de defensa, porque eso, la defensa, es la llave que abre el sagrado nuestro que es inviolable; otorgar la ocasión de audiencia es la llave de la puerta cuya apertura de acceso a la administración, al análisis de los comportamientos de los particulares: sólo entregando esa llave puede luego ingresar y disponer, si prescinde de ello no es autoridad legítima, es escalador nocturno cuya actuación no puede ser admisible como válida sino castigada como ilegítima; c) si la decisión fiel fue razonable, pues lo arbitrario es extrajurídico es de fuera del derecho; una cosa es decisión errónea, otra que sea “arbitraria”. Si ello, los tres aspectos están cumplidos, lo actuado es de zona de reserva, y no cabe revisión. Es actuación del Poder Ejecutivo en ejercicio de facultad propia.

Porque si la facultad es sustituida (originaria del judicial pero delegado por Ley al Poder Ejecutivo) una tormenta vivificante rompe escollos y abre puertas y ventila la revisión que será plena y bastante.

Cuando es delegada rigen los mismos principios de revisión judicial del acto legislativo: hay también una zona no revisable pero que es la zona de exclusividad del Ejecutivo.

Con ello hemos llegado a nuestra conclusión, a la tesis final. Puede verse que con la investigación de la naturaleza jurídica ingresamos al debate de la mayor o menor amplitud de la protección judicial.

Y, entonces, a destacar la consecuencia de que según que la naturaleza jurídica sea una u otra, la libertad será mayor o menor, y las garantías serán más o menos amplias y efectiva.

## EL SABER LLEVA, EN CONSECUENCIA, A LA LIBERTAD.

En todo, en verdad, es así. Sólo la verdad nos hace libres y por lo tanto es indispensable analizar la esencia de las cosas jurídicas para determinar hasta dónde y con qué alcance llega la posible revisión judicial. Como en otros planos, de esta forma sabemos hasta dónde puede llegar el accionar del Estado según la Constitución Nacional. Porque allí también –en la parte primera de la Constitución– con más jerarquía y trascendencia, hay también zona de reserva, pero ya no sólo del poder administrador: ahora para garantía

de los particulares, lo que el derecho federal argentino llamaba “el sagrado inviolable”, aquello que constituye la intimidad de las personas. Es la norma que consagra en el derecho particular, de profunda enseñanza de Suárez, el filósofo de la Libertad: “Más vale que ciertas cosas se hagan mal a pretender regularlas”. Más vale pasar por alto algún mal comportamiento que consagrar el absolutismo que priva al hombre de aquello que lo hace tal: la Libertad.

“Las acciones privadas de los hombres que no afecten la moral y el orden público están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

PREVENCIÓN QUE ES LO QUE ESENCIALMENTE INSPIRÓ EL PENSAMIENTO EXPUESTO EN ESTE TRABAJO: Hemos estado girando sobre las limitaciones que encuentra la Corte, la Justicia en general, para intervenir cuando por disposición Constitucional la cuestión en debate se ubica en la zona de reserva otorgada al Poder Ejecutivo.

Eso –la zona de reserva– es esencial en la comprensión de la organización social.

Zona de reserva, significa, en definitiva, zona de libre actuación.

Significa: LIBERTAD.

Por eso, zona de reserva la tiene también el Legislativo en la misma forma que el Ejecutivo. Cuando se trata de asunto propio el Judicial no interviene en el análisis de cuestiones contenciosas vinculadas con el obrar de la Legislatura.

En la organización política federal en nuestro país, la autoridad federal no puede intervenir en el análisis del uso que las provincias hacen de las zonas que se han reservado.

En familias y personas la autoridad no ingresa a la zona que éstas, las personas y sus familias han reservado.

Sobre esto la Constitución tiene artículos que son taxativamente imperativos: las Provincias conservan el poder no delegado; las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados.

Nos hemos extendido en un asunto concreto y puntual pero no podemos terminar sin señalar que los fundamentos finales y los pilares básicos de lo expuesto se extienden, en realidad, a todos los órganos de organización sociopolítica.

## 8. Colofón

Hemos estado meditando sobre las limitaciones que encuentra la Corte, interpretando la Constitución e inspirándose en la doctrina, sobre la extensión que tienen los poderes de revisión que le otorga la Constitución. Así aparece, nítidamente conceptualizada aunque a veces no tan claramente demarcada, lo que se llama “zona de reserva”.

¿Qué significa: LIBERTAD?

SIN EMBARGO: estamos acostumbrados a la multiplicidad de significados para términos similares en materia de derecho.

Aquí esa multiplicidad se concreta por lo menos en cuatro “zonas de reserva” y tiene la particularidad de que mediante la consagración de dos de ellas se afirma la libertad, y mediante las otras dos, en cambio, se le pone alguna valía.

En primer lugar esa tan importante que hemos mencionado anteriormente que esta en la Constitución Nacional: las acciones privadas están exentas de la autoridad de los magistrados y librados solamente a Dios. La intimidad. Uno de los temas de mayor preocupación en la vida moderna por los instrumentos que otorga la técnica para invadir este sagrado inviolable que la moral tradicional excluía del juicio de terceros. Donde los terceros tenían vergüenza y pudor de ingresar y donde hoy, en cambio, invaden a veces arteramente, con nocturnidad y escalamiento a fotografiar lo que es privado, exclusivo de otros para colocar lo obtenido en las primeras planas de los diarios de mayor circulación.

La consagración de esa zona de reserva y la sanción consecuente de las leyes protectoras de la intimidad, son sobradamente, uno de los mayores aportes del derecho público de estos tiempos.

Queremos, NECESITAMOS, que, como Juan Salvador Gaviota, se nos deje volar sin que haya obstáculos a nuestro desplazamiento. Necesitamos una zona de intimidad, de reserva, donde nuestra más íntima esencia humana

se eleve hasta lo más que le permita la propia conformación que cada uno tiene.

En derecho público, entretanto: el 104 de la Constitución Nacional. Las provincias reservaron ciertos poderes. El más importante, desde nuestro punto de vista, no estaba en el texto originario sino que fue incorporado en el '60. Las provincias reservan lo concerniente a la formación de su opinión pública y para ello prohíben toda intervención federal en lo concerniente a prensa. Reservan la organización de su propia justicia y el dictado de las leyes que se aplican en la actuación ante ella. Reservan la formación de su tesoro con la sola limitación de ciertos aspectos. En definitiva, una zona de reserva que tiene hondo sentido.

Porque bien se ha dicho, lo dijo Suárez, que la única valía contra el exceso de poder es limitar la posibilidad de su ejercicio. No valen las regulaciones. No valen los textos inspirativos ni sancionatorios, La única forma de asegurar una zona de libertad, es limitar el lugar hasta donde el poder puede llegar.

Por eso la historia del hombre, que es la historia de la libertad en definitiva, encuentra un hecho muy importante en ese momento, en que la libertad se afirma. Y lealmente no creemos que ella haya nacido en la selva negra como dicen algunos ni en los bosques ingleses como dicen otros. Creemos que ella nace en los desiertos de Israel cuando el poder concentrado se divide en lo político por un lado y en lo religioso por otro. La ruptura del poder es como la ruptura de la cáscara del huevo. Allí nace, pequeñito y débil, es pollito que luego será el águila de la libertad.

En dos aspectos pues: la zona de reserva en favor de la libertad.

Pero, en cambio, la zona de reserva de la administración es, frecuentemente, otorgarle a ella poder excesivo, pues los declara irrevisables. Queremos ser bien entendidos: no siempre. De ninguna manera y tal vez fuese más peligroso otorgar la suma del poder al Judicial. El gobierno de los jueces. Eso sería peor. Pero lo cierto es que esta zona de reserva que nos ha ocupado es limitativa de la libertad. Insistimos: tal vez la aceptación del principio contrario cree más peligro para el bien tan preciado de la libertad, pero así como ésta, indudablemente, es limitativa de la misma.

En múltiples otros aspectos la reserva significa, así mismo, limitación de la libertad. Ejemplos económicos: cuando conforme a la ley, el Estado

declara zona de reserva petrolera a cierta región. Los particulares no pueden actuar allí. Su libertad ha sido limitada. Así como las provincias se han reservado ciertas cuestiones, la Nación, a su vez, también se ha reservado, sobre todo en su relación con otros Estados, posibilidad legislativa. Por ejemplo, en asunto vinculado con nuestra materia, cuando se aprueba el tratado de Organización Internacional del Trabajo que extiende al empleo público el sistema de convenio colectivo, sin embargo se hacen reserva respecto a algunos sectores que no tendrán el derecho de discutir sus condiciones de trabajo, sino que, por reserva que hizo el Estado seguirán sometidos al régimen reglamentario, unilateral, expresivo del poder y no del consenso.

Así pues, el asunto debe ser tratado con cuidado. Zona de reserva no es sinónimo de libertad ni lo es de autoritarismo. En algunos casos lo es de uno, en otros de lo contrario.

Aquí nos hemos referido a un supuesto en que la zona de reserva aparece como limitativa de la libertad.

Pero nuestra principal intención, fundamental, ha sido señalar cómo de la investigación de los juristas frecuentemente surge un mayor o menor ámbito de derechos y libertades que es, en definitiva es el fin del Derecho, en particular del Administrativo.





## LA DENOMINACIÓN DE LA CIENCIA POLÍTICA

Por Horacio Sanguinetti

Una de las más notorias dificultades de la Ciencia Política reside en el tema semántico. Es difícil ponerse de acuerdo acerca del sentido de las palabras; las mismas pueden significar cosas opuestas, según quién las dice: un adjetivo u otro bastardean por completo a igual sustantivo.

Y el problema ciertamente, asoma desde el propio nombre de la disciplina. Ninguna de las denominaciones que circula usualmente es inocente; todas contienen carga ideológica y por sí solas implican definiciones y actitudes distintas. Así, pues, en torno a la nomenclatura más conveniente para designar estos estudios, se crean perplejidades que mueven a profundas reflexiones.

Las expresiones “*Droit Politique*” y “*Staats-Recht*” se utilizaron imprecisamente –según enseñaba Mario J. López– hasta que el confesor de Carlos V, Domingo de Soto, llamó *ius politicum*, “de acuerdo al concepto aristotélico, al derecho total de la comunidad”.

Más tarde, hablarían de “*Droit Politique*” Montesquieu y Burlamaqui. Pero sería Rousseau, por su condición de *best seller*, quien habría de consagrar tal denominación en *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*.

La influencia de Juan Jacobo fue notoria en España, donde dejaría prole intelectual. Como allí durante casi dos siglos hablar de Constitución resultaba subversivo, no era imaginable la enseñanza del Derecho Constitucional. Por tanto, se lo subsumió en el Derecho Político (que a mi entender lo contiene en rasgos generales). Fue por influjo de Adolfo Posada, el eminente polis-

logo que nos visitó primero en 1910 y luego –inclusive Córdoba–, en 1921, que aquí se optó por el Derecho Político.

Esta expresión proviene de fuerte cuño republicano y liberal. Además de entroncar con el Siglo de las Luces, por el mero orden de los vocablos está sometiendo el estado al derecho, y mentando el Estado de derecho, mientras que Teoría del Estado suena a “estatizante”, si no a totalitaria, y Ciencia política entraña una concepción helada, aséptica, distante del fuego de la “agonía” cívica.

Esa última expresión hizo fortuna a partir de la mitad del pasado siglo, y se utilizó originariamente en plural: las ciencias políticas. Preferida en los Estados Unidos (*political science*), finalmente adquirió, en singular, su sentido moderno.

Lo cierto es que toda esta nomenclatura se confunde y se invade recíprocamente. A saber:

El Derecho Político aborda los aspectos jurídicos del poder pero, desde ya, lo jurídico penetra la realidad social; evalúa los antecedentes, la historia, la conveniencia, los valores que fundamentan el mero derecho, nunca aislado ni descolgado, siempre asociado al resto del fenómeno sociopolítico.

El Derecho Constitucional analiza la estructura jurídica fundamental, básica, esquelética, de un determinado Estado, en determinada época (pero lo compara con otros, y con los que rigieron antes, y con los que deben regir idealmente; y nada le impide dirigir su atención, como dato comparativo, a organizaciones económicas, sociales y políticas que no sean el Estado).

La Teoría del Estado, precisamente, apunta rectamente a tal institución: el Estado. Queda, en principio, excluido –circunstancia que lo limita y “cosifica” un poco–, lo no institucional y lo que no sea “Estado” (Pero también podría avanzar sobre ello –por ejemplo, el clan o la tribu, o las organizaciones intermedias–, con un propósito ilustrativo).

Por fin, Ciencia Política aparece como la denominación más comprensiva –y jactanciosa–, que estudia el todo. Por un costado lo estático: aspectos históricos, jurídicos, institucionales; y además, espontáneamente, sin violencia alguna, sin retorcer la denominación o tener que entrar en explicaciones de alcance discutible, los problemas de la dinámica política, del comporta-

miento y la conducta; por ejemplo, mitos y utopías, liderazgo, opinión pública, acción directa, etcétera.

La espinosa pluralidad e indefinición semántica admite, pues, múltiples discursos.

Pese a que la expresión Ciencia Política parece más amplia y omnicomprendensiva, no escondemos nuestra preferencia “ideológica”, por la de Derecho Político.

También la tradición la auxilia. “Derecho Político” todavía designa una materia de estudio en muchas de nuestras Facultades de Derecho y Ciencias Sociales, aunque por razones circunstanciales y aun con los tradicionales contenidos, la de Buenos Aires ha preferido enseñar “Teoría del Estado”. Se la impugna porque estrecharía el campo más amplio de la Ciencia Política, al terreno meramente jurídico.

Nomenclatura aceptada primordialmente en los países hispanos, “Derecho Político” se mantiene aunque el carozo de la asignatura haya sufrido un “estiramiento” que supera la insuficiencia semántica. Su incorporación a nuestros estudios universitarios es relativamente reciente: data de setenta años. Sobre fines de siglo, los cursos de Derecho Público se reducían a la exégesis del texto constitucional. Así trabajaba José M. Estrada; ni aun ciertos antecedentes históricos abordados por Aristóbulo del Valle bastaron para dar categoría científica amplia a tales glosas.

Varios polislogos ilustres nos visitaron en las primeras décadas del siglo: Adolfo Posada, ya mencionado. Luego León Duguit, que explicó las transformaciones del Estado de derecho; y el italiano Víctor Manuel Orlando, uno de los “cuatro grandes” de la primera posguerra, quien trabajó el tema de la personalidad del Estado.

Por fin, André Siegfried completó la notable nómina de visitantes cuyo fermento prosperó entre nosotros, comparando en la porteña Facultad de Derecho, hacia 1931, las civilizaciones europeas y americanas.

Producido en Córdoba, en 1918, el movimiento reformista, los estatutos y autoridades fueron renovados en todas partes, y los Consejos de la Universidad de Buenos Aires incorporaron representantes estudiantiles. En la Facultad de Derecho, una de sus iniciativas fue el nuevo plan de estudios, que atenuó la hegemonía civilista, suprimiendo un curso de derecho romano e

incluyendo los derechos político, administrativo, provincial y municipal, y criminología.

Como destacó Ricardo Levene, informando ante el Consejo Superior “la Facultad de Derecho aspira a ser, por este plan de estudios, con admirable visión de porvenir, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas”.

El 11 de octubre de 1922, el Consejo Directivo de la Facultad aprobó el plan. El acta registra que “preguntando por el señor consejero Díaz Arana el concepto con que se crean los cursos de derecho político y de derecho constitucional argentino y comparado, manifiesta el doctor Vedia y Mitre que el curso de derecho político tiende a dar al estudio de los fundamentos del Estado, la amplitud necesaria para poder atender bien los principios de derecho político general; es decir, las bases en que reposa el conocimiento del derecho público interno”.

Lafaille –civilista de relieve–, fundamentó la necesidad de estudiar Derecho Político en “consideraciones de orden científico, aparte la necesidad de formar hombres destinados al gobierno”.

El plan se sancionó por unanimidad del Consejo Superior de la Universidad, el 30 de noviembre de 1922. Poco después, Mariano de Vedia y Mitre era designado profesor titular de Derecho Político, el primero en el país. Su conferencia inaugural versó sobre “La crisis del Estado” y fue precedida por las palabras del decano interino, Juan Carlos Cruz, y de un consejero, que dijo, entre otras cosas:

“Creo en la fuerza desquiciadora de las grandes catástrofes que, como la última guerra, clausuran toda una zona del vivir universal, y creo que ellas bastan para diversificar a los viejos –o, si queréis, a los envejecidos– de los nuevos, representados respectivamente, en la Facultad, por los que sostienen en la enseñanza un criterio profesionalista exclusivo, y los que consideramos que la Universidad no puede renunciar a la función social que le corresponde, desatendiendo los arduos problemas traídos por el impulso transformador que agita al mundo. Los tres últimos cursos del antiguo plan, todavía vigentes, denuncian esa falta. Su causa debe imputarse a esa generación de juristas que yo llamaría “glosadora”, puesto que dedicó sus actividades a raspar y adelgazar textos, detenida en el fetichismo napoleónico de la ley escrita, y fiel al Derecho Romano: derecho de cuerpo; expresión de la voluntad de una casta; derecho de otros pueblos, de otros intereses y de otras costumbres, que no puede regirnos, porque lleva muchos siglos fuera del tiempo y del espacio.

Aquellos glosadores entendieron que la Facultad debe limitarse a expedir ejecutorias hábiles para el ejercicio de un privilegio económico, y olvidaron que los estudios no podían sustraerse a las urgencias de la realidad circundante, al hervir continuo de nuevas inquietudes, y al rudo llamado de la vida que pugnaba por entrar en esta casa, derruida y sombría como el espíritu arcaico que vamos a desalojar...”.

El sentido revolucionario de la inclusión está claro en esos conceptos. Porque decir “Derecho Político” es afirmar un sentido valorativo –“valorizado”, dice Mario J. López–, y consagrar el triunfo del Estado de derecho, vencedor del absolutismo. Esta fuerza emocional legítima, justifica la pervivencia de una terminología polémica pero tradicional.

Sin embargo, hubo opositores al plan aun en las filas reformistas, y en la segunda edición de su tesis doctoral, que versó sobre *La Reforma universitaria o el problema de la nueva generación* (1927, pág. 74), un jurista tan eminente como Carlos Cossio –aquí totalmente desorientado–, afirmaba: “El actual plan de estudios, vigente desde 1923 y sancionado a título reformador, agrega, como toda diferencia, una (cátedra) de derecho público provincial y otra de derecho político, cuyo significado no alcanzo a comprender existiendo cátedras de derecho constitucional y de filosofía del derecho”.

Esta opinión informa hasta qué punto la noción del contenido de la Ciencia Política estaba oscuro aún entre los universitarios de raza.

Hoy día, el debate terminológico y el de los contenidos aun no cesa. Por nuestra parte, y en ocasión de honrar a un notable especialista, nos parece oportuno instar a definirlo. Personalmente –queda dicho– preferimos que en los centros de altos estudios jurídicos, se siga enseñando “Derecho Político”.





## **EL CARISMA DE UNA CONSTITUCIÓN PERDURABLE (\*)**

**Por Jorge Reinaldo Vanossi**

### **Primera Parte**

**I.-** Es evidente que el mundo en que vivimos presenta una diversidad, o una variedad, de regímenes y de sistemas provenientes de diversas inspiraciones, que pueden aparecer como algo complejo al observador; y, más que esa complejidad, lo que puede preocupar es, muchas veces, cuál es la vía o cuál es la manera más eficaz para poder determinar dónde están los caminos correctos, cuáles son las verdaderas intenciones de esos diversos regímenes y, sobre todo, a qué apuntan, en definitiva, según los resultados que ofrecen y las finalidades que persiguen.

Es decir, que no todo es igual, no todo es bueno y no depende ello, muchas veces, de etiquetas, de denominaciones e incluso de caracterizaciones que por muy clásicas, pueden resultar hoy en día obsoletas o superadas desde el punto de vista de lo que realmente interesa, que son los contenidos y las realidades.

Las clasificaciones –tal como señala Carrió– no son ni verdaderas ni falsas; son instrumentos metodológicos que se utilizan para poder llegar con más claridad al objeto que se pretende estudiar, de modo que las denominaciones convencionales con que se manejan muchas clasificaciones pueden, a veces, confundirlos. Son, como alguien ha dicho, ruidos. Lo que interesa es

---

(\*) Trabajo que integra la obra Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario. Publicación de los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (2003).

ver, en definitiva, qué es lo que hay detrás de esos ruidos, o sea, cuál es la verdadera sustancia de los sistemas políticos.

En el mundo actual, donde todos los sistemas se dicen representativos, donde es impensable la posibilidad de un sistema que no gire en torno a la idea de la representación política, hay que ver qué se entiende por esa representación. Y, en lo que fue el siglo XIX, tres grandes concepciones han competido en torno a la idea de la representación para hacer funcionar un sistema político. Esas tres ideas, con variantes y matices, pero que en definitiva son tres, han sido: la idea *liberal*, la idea *corporativista* y la idea *marxista-leninista*.

De acuerdo a *la idea liberal*, hay una neta demarcación entre la sociedad y el Estado. Este último es un epifenómeno, un reflejo de la sociedad para servir a esa sociedad y, por lo tanto, está en función de la sociedad. El Estado es un ente limitado, podrán discutirse la extensión y hasta ciertas funciones del Estado; pero lo importante es el dato de la limitación del poder, para lo cual diversos mecanismos tratan de asegurarlo. En esa concepción liberal van unidos principios como el de legalidad y separación de poderes, y está siempre presente el concepto de la libertad como un dato *a priori*. Por lo tanto, la instrumentación técnica parte de la base de que el hombre es libre y que lo que es excepcional, es la restricción a esa libertad innata del hombre. Por ello, en materia política, los mecanismos representativos están fundados en la idea de la legitimidad, en la idea del consenso y en la idea de la verificación periódica de ese consenso a través de diversas estructuras de intermediación.

La *concepción corporativista* rechaza liminarmente la idea de que el hombre valga por lo que es, y la reemplaza por la idea de que el hombre únicamente vale por lo que hace. Esa concepción tuvo en algún momento manifestaciones muy poderosas de expresión y no ha sido del todo abandonada, porque incluso en muchos regímenes totalitarios, aunque no se la proclame abiertamente, sí está implícitamente (como en Yugoslavia, por ejemplo, en la época de Tito). Esa concepción, en definitiva, lleva desde luego al rechazo de todo lo que en la concepción liberal es necesario para sostener la filosofía que acabamos de señalar. La concepción corporativista es enemiga de los partidos políticos, enemiga del sufragio universal, enemiga de los parlamentos, enemiga de la limitación del poder y ha terminado en todas partes en que tuvo vigencia, simplemente, como la fachada o la cobertura filosófico-política de un régimen de poder personal. Es decir, de un régimen basado en

un jefe, en un Duce, en un Führer, o en cualquier otra figura carismática –o no tan carismática–, que haya absorbido la totalidad del poder.

La *concepción leninista* está claramente expuesta por Lenín en ese opúsculo que redactara meses antes de llegar al poder, titulado *El Estado y la revolución*, donde anticipara lo que luego de la revolución de 1917 pasaría a ser la edificación del Estado comunista. Es interesante ver algunas cosas que dice allí y que simplemente voy a subrayar por lo que nos interesa a los efectos de esta introducción.

Por lo pronto, el rechazo de la democracia y la proclamación de la dictadura denominada “*dictadura del proletariado*”, que reemplaza a lo que él considera las otras dictaduras preexistentes, a las que califica de dictaduras burguesas.

La concepción leninista, en el fondo, es también una concepción corporativista, pero de tipo clasista. Lo que ocurre es (y esto, desde luego, no lo dice Lenín) que el reemplazo de una dictadura por otra, no es la instauración de la dictadura del proletariado, sino de la dictadura de los burócratas que ejercen la titularidad del partido único, el que se pretende representante de la totalidad de ese proletariado. De modo que, en definitiva, es una dictadura, porque propiamente lo confiesa, porque niega la libertad política, porque niega los derechos civiles y porque desde el punto de vista de la representación, en la base para la sustentación del Estado, instaura el sistema del partido único, que es precisamente un partido de “bolilla negra”; es decir, un partido que es muy limitado en el acceso, muy burocrático en la conducción, y que está al servicio –como todos lo sabemos– de esa concepción. Y no obstante las apariencias de cambio y las versiones que en ciertas partes del mundo se han presentado, como en el supuesto llamado “neo comunismo” –que ha sustituido la expresión “dictadura del proletariado”– todo lo demás (que es lo que interesa resaltar) sigue fiel al pensamiento inicial de Lenín en ese opúsculo de 1917. Tales son los casos de Corea del Norte, Cuba, Sudán, Libia y algunos otros Estados afroasiáticos, como así también en la ideología de partidos comunistas residuales y recalcitrantes.

## II.- Ahora bien, dando un paso más hacia los datos de la realidad:

¿Qué es lo que vemos? Vemos que hay en el mundo dos maneras de entender y de comprender a la sociedad representada; porque si lo que nos interesa es defender a la sociedad, y si partimos de la base de que lo importante es la sociedad y el hombre libre que en ella se desenvuelve, hay que ver

cómo se entiende a esa sociedad. Y las dos maneras de entenderla en el mundo actual son: por un lado, están los que creen que la sociedad es un todo homogéneo, uniforme; y así, algunos creen eso es porque parten de una concepción que era buena originalmente, pero muy superada con el paso del tiempo: es la idea de la mera *igualdad formal*, que se limita a contemplar el problema de la igualdad ante la ley. Y otros, los totalitarios, que estiman que *todo debe ser igualdad*, todo debe ser uniforme y debe por la fuerza eliminarse cualquier tipo de distinción, ya sea de clase o de cualquier otra índole distintiva.

La otra manera de entender a la sociedad es tomándola como es: variada, plural, diversa, compuesta por una multiplicidad de sectores que además representan intereses diferentes, distintos, a veces contrapuestos; pero que en definitiva hay que armonizar en aras de un interés general. Esta concepción plural, desde luego, puede estar limitada al dato de que es plural la sociedad; pero hace falta para que realmente tenga consecuencias políticas, que esté concientizada. Es menester que la propia sociedad tenga conciencia, que reflexivamente se percate de esa pluralidad y actúe en consonancia, respetándola y encauzándola dentro de los límites debidos.

Esto, por lo pronto, falla en muchas partes y pienso que en este país falta desde hace mucho tiempo. Del hecho de que la Argentina sea un país plural, no se puede sacar fácilmente la conclusión de que realmente sea una sociedad pluralista y de que realmente se tenga conciencia respecto de esa pluralidad (Floria); como también creo que, del hecho de que en determinadas sociedades existan algunos o muchos buenos demócratas no puede concluirse que toda la sociedad sea democrática (Vanossi).

La experiencia histórica, especialmente la de este siglo, en muchas partes del mundo y empezando por Europa misma, nos indica que son dos cosas totalmente distintas. Pero si hay pluralidad y hay conciencia pluralista, es evidente que eso significa un reconocimiento en dos terrenos: en el terreno de las *ideas*, por supuesto; pero también en el terreno de los *intereses*. Por un lado, en el terreno donde se expresan diversos partidos políticos y, por otro, en el terreno donde se expresan esas numerosas y variadas organizaciones o cuerpos intermedios (como se los suele denominar) que existen entre el individuo y el Estado, y que obedecen a un espíritu societario que nace de la sociedad y que el Estado no puede imponer, como tampoco puede, en definitiva, eliminar.

La conclusión para esta postura, es decir, la del reconocimiento de la

sociedad tal como realmente es, significa que al hombre hay que considerarlo por lo que es y por lo que hace; o sea, ni únicamente como un sujeto igual a otro sujeto, ni única o exclusivamente como un elemento a ser tenido en cuenta sólo por su inserción en el aparato productivo, como pretenden las concepciones corporativistas.

El individuo debe ser considerado en ambos aspectos y en ambas dimensiones. Y esto ¿cómo se canaliza desde el punto de vista político?: se canaliza a través de una serie de instituciones e instrumentos que estén al servicio de esa doble faceta del individuo. Desde el momento en que el hombre vale por lo que es; allí juega la representación política; ahí juega la cosmovisión de ideas con que el hombre se ubica en este mundo, ahí aparece el terreno de los partidos políticos; ahí se manifiesta una expresión integral que trata de hacerla expresiva volitivamente cuando vota. En definitiva, allí es el terreno propio, repito, del sufragio. *Es la dimensión política del hombre.*

El otro aspecto, la dimensión de que el hombre vale por lo que hace, supone las diversas formas de participación que el Estado contemporáneo no puede ignorar y no puede soslayar. *Es la dimensión social del hombre,* que se traduce en infinidad de formas societarias.

La participación, desde luego, se da en un marco parcial, porque nadie puede participar en todos los terrenos al mismo tiempo. Yo puedo participar en uno o varios aspectos de la vida, pero no puedo participar en todos, porque el hombre no tiene una capacidad tan vasta y la complejidad de la vida contemporánea también lo impide. Pero participa, a través de esos cuerpos intermedios, sectorialmente, y eso debe ser encauzado y en alguna medida debe ser institucionalizado; a efectos: primero, de que tenga *un peso específico*, es decir, que no sea una participación sin consecuencias; y, en segundo lugar, a fin de que la participación *sea orgánica*, es decir, que no se esterilice, que no se disperse o no se frustre por la falta del hallazgo efectivo de canales adecuados.

Por lo tanto, para el Estado democrático y constitucional, es importante que partidos políticos y cuerpos intermedios (es decir, los diversos grupos) tengan bien perfilados y bien diferenciados sus fines y medios. Y la confusión de esto puede llevar (como ha llevado en algunas partes) a consecuencias muy dramáticas. ¿Por qué? Porque el *fin* de los partidos políticos es, en última instancia ocupar el poder, llegar al poder por los cauces constitucionales. El *fin* de los cuerpos intermedios es orientar, gravitar, influir, expresar una serie de intereses; pero no la ocupación permanente o total del poder.

Una de las razones del descalabro institucional vivido en la Argentina, estuvo precisamente fincada en la confusión de *medios* y *finés*, en una especie de inversión de títulos que vino a provocar un aquelarre. En el período que se inicia en 1943 fue evidente, en gran parte por la filiación originariamente corporativizante del grupo que ejercía el poder, que se les daban a los sectores intermedios –especialmente al sindical– todos los medios conducentes para ocupar el poder tratando de desacreditar el sistema de partidos; y se les negaba muchas veces a los partidos políticos más representativos, lo que les corresponde naturalmente para cumplir su finalidad, es decir, para cumplir su rol.

En síntesis, las democracias requieren la representación política: es insustituible para una concepción democrática. Como muy bien advierte uno de los grandes juristas franceses contemporáneos, George Vedel:

*“Una democracia, a la larga, no puede subsistir sin partidos políticos”, pero agrega, “puede perecer a causa del mal en los partidos políticos”;* de modo que el saneamiento del sistema de partidos políticos es, desde luego, un dato inexcusable para el buen funcionamiento de un sistema democrático.

La participación en la cual ponemos tanto el acento es, entiéndase bien, complementaria de la partidocracia y no sustitutiva de la democracia. Si fuera sustitutiva incurriríamos al poco tiempo en el corporativismo. La sustitución siempre ha conducido a la instauración de un régimen personal; en cambio, la complementación es la herramienta que las democracias occidentales –donde el régimen funciona saludablemente–, tienen al alcance de la mano para poder enriquecer al sistema democrático.

Las formas de participación, claro está, son muy variadas y de desenvolvimiento dinámico. No puede pretenderse cristalizar la idea de la participación en fórmulas válidas, de hoy en adelante y para siempre, o igualmente arquitecturadas para aquí y para allá y para otras partes del mundo: así, desde el ángulo político en que la participación se puede expresar a través de muchas instituciones de consulta y de decisión de la ciudadanía en forma directa, hasta el horizonte funcional en que muchos países europeos han constitucionalizado los Consejos Económicos y Sociales con la finalidad de dar mayor organicidad y alcanzar, en definitiva, una especie de cúspide o de punto de mayor jerarquía en todas esas formas de participación que comienzan desde los niveles más bajos. ¿Con qué finalidad? : con la finalidad de dar una expresión orgánica y permanente de todos los intereses más directamente conducentes a la formación de la riqueza nacional, física y cultural.

Los intereses quedan así vinculados y quedan así articulados, no como en los sistemas totalitarios, en los que esto se hace desde el Estado, sino de abajo hacia arriba, es decir, desde la sociedad hacia el Estado. Nacen en la sociedad y, se imbrican en el vértice, que es el Estado.

Esta idea, evidentemente democrática, se ha aplicado en países de insospechada tradición democrática y, curiosamente, es rechazada por los sistemas totalitarios o por aquellos sistemas donde la concentración personal del poder lleva, a no querer contar con organismos o cuerpos que, aunque no tengan poder decisorio, puedan disputar, aunque sea, la imagen de esa omnipotencia o de esa idea mesiánica del poder.

**III.-** Ahora bien, todas estas formas de participación: ¿en qué etapa del proceso político juegan y en qué etapa del proceso político tienen realmente importancia? Hoy en día el proceso político de los Estados Occidentales no puede ser visto con la óptica tradicional de creer que todo se agota en la vieja división de Montesquieu de los poderes que viene del siglo XVIII: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; e incluso ya no se da el proceso del poder en ese orden lógico, por cuanto no es en ninguna parte del mundo el Poder Legislativo, el poder de mayor peso político.

De modo que hay que prescindir, a los efectos de buscar la realidad, de las denominaciones, e ir un poco a las etapas del proceso de gobierno tal como son; y esas etapas son por lo menos cinco: la etapa *consultiva*, la etapa *decisoria*, la etapa *ejecutoria*, la *etapa del control* y la etapa de las *responsabilidades*.

La *etapa consultiva*, que es lógica y cronológicamente la primera, es una etapa de asesoramiento. Antes de decidir, hay que saber las alternativas; antes de tomar un camino, hay que conocer cuáles son los caminos posibles. Esto incluye la previsión.

Esa es, desde luego, una de las etapas fundamentales para el juego adecuado de la participación, es decir, la etapa en que el Poder Político antes de decidir debe conocer no sólo todos los caminos factibles, sino que debe saber –en la medida de lo humanamente posible– las consecuencias y los resultados que traerá la elección de cualquiera de esos caminos, en lo político, en lo económico, en lo social, en lo cultural, etc.

La *decisión* es eminentemente política, eso no puede discutirse; pero la *ejecución* de las decisiones, imbricando también allí las formas de participa-

ción, puede dar la posibilidad auspiciosa de enriquecer al sistema. Es evidente que a través de la elaboración de normas reglamentarias y a través de la formación de órganos de aplicación se puede, ciertamente, dar cabida a muchos cuerpos intermedios y a muchos cuerpos representativos de la sociedad en la etapa de la ejecución del Poder Político. Y diríamos también, que para la saludable viabilidad del *control*, está demostrado que la existencia de organizaciones fuertes en una sociedad pluralista es importante, porque serán ellas mismas las interesadas en que el control sea efectivo y no un eufemismo, Así se puede en definitiva determinar si las decisiones han sido ejecutadas como tales o no, porque de allí surgirá, no el control como un acto abstracto, sino la última etapa, la de la responsabilidad, para que ningún gobernante esté ajeno a la rendición de cuentas respecto de la gestión que ha realizado.

Todo esto (es decir, una adecuada imbricación de las formas participativas, en las etapas de consulta y en las etapas de *ejecución* y de control en menor medida) tiene la ventaja de ofrecer dos cosas: una mayor funcionalidad de los poderes del Estado y una mayor eficacia desde el punto de vista del desempeño. Y esta palabra *eficacia*, quiero, pues, subrayarla.

El dato de la eficacia fue, durante mucho tiempo, soslayado en las concepciones teóricas, en los manuales de Derecho Político, en las obras constitucionales, etc. Y hoy en día ya no es así, Ahora, como bien señalan muchos autores reconocidos, ningún régimen político, de cualquier signo, puede prescindir del dato de la eficacia: ni las democracias, ni las autocracias. Y para las democracias o para los regímenes que tratan de serlo, el desafío es muy grande, porque lo que las democracias no consiguen asegurar mediante la eficacia, lo harán las autocracias; y en muchas partes del mundo hemos visto cómo la seducción de los totalitarios hacia la inocencia de los destinatarios del poder, ha estado fundada precisamente en la oferta de mayor eficacia, oferta que es aparente muchas veces, pero oferta que ha servido para engañar (porque el pueblo, finalmente, quiere libertad con eficacia).

El error de los partidos democráticos en muchas partes del mundo y el error de las corrientes de opinión que en occidente juegan competitivamente es, a veces, subestimar el dato de la eficacia y no darse cuenta de que en las sociedades industriales masivas (en las sociedades del mundo en que nosotros vivimos), el pueblo cada vez da mayor valor al dato de la eficacia y en muchas opciones colectivas o en muchos momentos decisivos (salvo que haya un gran ofuscamiento irracional, pero eliminando esas circunstancias extremas) el pueblo ya toma más en cuenta los datos de la eficacia que los datos puramente teóricos de ideología que, en ocasiones, por falta de información o

por falta de formación, no puede captar realmente en matices y en detalles. Parafraseando a Burdeau, diríamos que este es un problema al cual hay que darle saludable respuesta a la brevedad, pues si no el descreimiento en la democracia va a llevar fácilmente a un vaciamiento de las instituciones democráticas por defraudación de las expectativas. ¡Y hete aquí uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo!

**IV.-** Por último, hay que remarcar que la participación, y todas sus formas de instrumentarla, es consustancial al *pluralismo*, es decir, a una aceptación consciente de ese dato contemporáneo. Es evidente que el pluralismo sanamente practicado ha pasado a ser una circunstancia arcónica, es decir, un dato realmente relevante para determinar la naturaleza real de los regímenes. Yo diría que el pluralismo, junto con el tema del garantismo (de la protección real de los derechos de las personas), junto con el tema del control (del control efectivo, en el cual se pueda creer) y el tema del consenso (de la expresión genuina y no manipulada o distorsionada del consenso) son los tres o cuatro datos fundamentales, con prescindencia de denominaciones, títulos y ruidos: son los datos reales para poder determinar cómo son los regímenes políticos en el mundo actual, si son realmente monocráticos o son estructuras abiertas y democráticas.

Ya no interesan las calificaciones del poder formal, como hace mucho tiempo que no tiene sentido hablar de monarquías constitucionales, porque hay monarquías constitucionales donde la vigencia democrática es mayor que en muchas republiquetas en las que no hay tal, y viceversa. Es evidente que no interesan esos rótulos, sino que hay que ir a los datos del contenido.

Y, avanzando un poco más en el objeto, vemos en esos datos de contenido dentro de lo que entendemos genéricamente como democracias, cuáles son *las reglas de oro* que permiten su funcionamiento y su éxito; determinando de qué depende el éxito, no accidental y momentáneo, sino duradero de los regímenes que aspiran a ser democráticos.

En las democracias contemporáneas hay una *regla de oro* no escrita, pero presupuesta, en virtud de la cual el más amplio espectro social tiene que partir de la suposición de que ni los triunfos ni las derrotas son definitivas, que el que gana hoy puede perder mañana, que el que pierde hoy tiene la posibilidad de ganar mañana. Que no hay un título de adquisición definitiva del poder y que el juego seguirá siendo competitivo: lucha concurrencial entre quienes, aceptando las reglas del juego, se comportan y cumplen sus roles y funciones a través de los partidos políticos, que son las estructuras de inter-

mediación que en el mundo occidental posibilitan el juego de las democracias pluralistas.

Cuando importantes sectores de la sociedad (y por importantes no me refiero sólo al aspecto cuantitativo sino que puede ser prioritariamente cualitativo), sectores de mucha gravitación, perciben que esa regla de oro no se da, que esa regla de oro se está violando porque el que está en el ejercicio del poder, al que ha llegado por la aplicación de las reglas del juego, lo hace con el propósito de así eternizarse; entonces se empieza a descreer de las reglas señaladas y comienza, desde luego, a practicarse una actitud, que en el mejor de los casos será conspirativa y obstruccionista, y que en el peor de los casos será lisa y llanamente de abandono del juego, para actuar por otras vías (la violencia).

Esto hace a la salud del sistema, porque éste requiere que el más vasto espectro de sectores sociales esté comprometido con las reglas del juego, para que los extremos que no aceptan las reglas sean lo menos numerosos posible, lo menos gravitantes posible; y que estén muy aislados en la sociedad, desacreditados y, por lo tanto, controlados por la sociedad en la medida que esos sectores existan o tengan posibilidades de subsistir.

V.- Los modelos que ofrece el mundo contemporáneo son muy variados. Dependen de muchos factores, pero fundamentalmente creo que hay tres elementos que sirven para poder detectar la filiación genuina de los distintos casos de aplicación práctica de los modelos.

En *primer lugar*, uno de los elementos es la determinación de los roles del Estado. Esto es fundamental porque en las concepciones democráticas, la línea demarcatoria que el liberalismo exigió entre la Sociedad y el Estado, aún se mantiene. Incluso, en las llamadas democracias sociales (como en los estados nórdicos en Europa), la línea demarcatoria existe: se ha corrido, no es la misma que antes, puede incluso a veces, en algunos momentos, aparecer confusa, pero debe existir.

La concepción democrática en todas sus variantes, individualistas o sociales, tiene, sin embargo, el común denominador de aceptar que el Estado debe estar sujeto a limitaciones y que una demarcación debe existir. ¿Por qué?: porque el propio desarrollo, el propio crecimiento de las sociedades industriales occidentales, necesita de la precisión a efectos de poder saber qué es lo lícito y lo ilícito, qué es lo que está fomentado y lo que está reprimido, qué es lo que está permitido y qué es lo que está prohibido.

Max Weber, uno de los padres de la sociología contemporánea, señalaba que entre los elementos fundamentales que habían favorecido el crecimiento del capitalismo y habían llevado al resultado de las sociedades industriales, estaba la predictibilidad; el poder saber anticipadamente y con alguna precisión, qué es lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer, dónde termina el poder y dónde empieza la esfera de la libertad. Sabemos, desgraciadamente, que hay muchos países del mundo donde no existe tal línea demarcatoria porque ha sido borrada por el capricho de los gobernantes o porque directamente el Estado ha pasado a ocupar la totalidad de dicho terreno.

El *segundo dato* es el de la estructura representativa, al cual me referí al comienzo y que vengo ahora a conectar con este tema de los modelos. La estructura representativa nos va a indicar realmente cómo es el poder, quién ejerce el poder y cómo se transmite el poder (sobre todo, la estructura representativa dinámicamente considerada).

Cuando se habla tanto de la legitimidad de los sistemas o del respeto a los principios de legitimidad en los regímenes políticos, existe la tendencia a mirar la legitimidad estáticamente, en el momento en que se instaura un régimen político, en el momento en que comienza a funcionar; y eso es de un valor importante; pero relativo, porque la prueba de fuego de la legitimidad de los sistemas políticos no está allí sino que está más adelante, cuando llega el momento de la transferencia del poder. Recién se corroborará en la instancia en que se produzca la transferencia del poder, de acuerdo a las reglas del juego.

En nuestro país muchas veces ha sobrado imaginación y ha faltado decisión: por eso la historia se repite con tanta frecuencia en la Argentina. Pero no basta tampoco con eso; hace falta además, que junto con la imaginación y la decisión, vaya todo acompañado de un gran esclarecimiento, para lograr una gran compañía de respeto y (en definitiva) de acatamiento comunitario a esas reglas del juego, para que la legitimidad pueda superar la prueba difícil o el examen riesgoso, que es la etapa de la transferencia del poder.

Y el *tercer elemento* es el de las garantías y del control. Para poder detectar realmente los sistemas políticos y poderlos ubicar, hay que conocer el sistema real, el régimen efectivo de garantías y de control: no lo que está en la letra, sino lo que realmente significa desde el punto de vista de la posibilidad jurisdiccional del ciudadano de defender sus derechos. Se requiere que el aparato esté munido de los instrumentos adecuados para que los derechos fundamentales del individuo, la vida, el honor, la propiedad, la seguridad, el

bienestar; es decir, el concepto amplio de la libertad moderna, sea realmente defendible, sea recuperable incluso en el caso de que por arbitrariedad o por emergencias circunstanciales, tenga alguna dificultad o retaceos.

**VI.-** En fin, si hubiera que combinar datos positivos de los regímenes existentes, diríamos que aparece como solución asequible, para el grado de desarrollo que los países del Cono Sur tienen, la posibilidad de orquestar todo esto con la habilidad suficiente como para tomar lo mejor de aquellos sistemas ya probados y experimentados.

Y así como a mediados del siglo XIX los constituyentes de 1853 y 1860, reconocieron con toda humildad que no venían a inventar nada, sino a adoptar algo ya conocido y experimentado, tratándolo de adaptar (pero que realmente no pretendían la originalidad); hoy en día se debería partir de la misma premisa de humildad o de modestia, sobre todo teniendo en cuenta que es muy difícil la originalidad total; pero cuidando desde luego de no incurrir en el pecado de ingenuidad, de creer que los modelos políticos y constitucionales son fácilmente exportables. Aquí hay que tener en cuenta, que es tan disparatado querer adoptar y hacer triunfar porque si los modelos de países que tienen un tremendo grado de desarrollo superior, como querer transplantar y aplicar modelos correspondientes a grados totalmente dispares de desarrollo y costumbres diferentes

En nuestro país fracasaron por igual los que creyeron que podrían transplantar Europa, de la noche a la mañana, en el desierto; o los que creyeron que podían hacernos seguir el camino de Libia o de cualquiera de los países del llamado Tercer Mundo. Yo pienso que hay que tomar en cuenta lo transplantable y tomar en cuenta además, qué es lo mejor de cada cosa.

*Políticamente*, creo que el modelo de la Constitución francesa de 1958, con algunos ingredientes del régimen alemán, ofrece la ventaja de un adecuado juego de poderes y contrapoderes; la existencia de un Poder Ejecutivo fuerte, pero no absoluto; fuerte, pero no ilimitado; y por “fuerte” entiendo que sea de tal gravitación que no puedan los contrapoderes más que los poderes. La existencia de un Poder Ejecutivo es, desde ese punto de vista y con esas características, absolutamente necesaria para impulsar el desarrollo y evitar las situaciones de anarquía o de “*statu quo*”. El pretender aplicar en nuestros países modelos de tipo puramente parlamentario como en algunos países de Europa –y el pretender aplicar instituciones que por tan complicadas producen, en definitiva, un enervamiento del poder decisorio y un anulamiento de ese poder–, puede conducir a dos cosas: o a la inoperancia desde el

punto de vista de la eficacia, o incluso a una situación de peligrosidad, desde el punto de vista de la seguridad, cuando el poder no puede finalmente proceder como debe hacerlo en los momentos de emergencia.

Porque las constituciones y los modelos políticos, deben ser pensados no sólo para los momentos de bonanza, sino fundamentalmente, para las emergencias: si todo anduviera bien, si todo fuera un bálsamo, o un río sin encrespamiento ni olas, ni dificultades, incluso no harían falta las constituciones, ni harían falta una cantidad de dispositivos normativos e institucionales.

Es precisamente la necesidad de prever la anormalidad, de regular la emergencia, de poder tener los instrumentos adecuados para la crisis, sin que eso signifique la suma del Poder Público, lo que lleva a que el mérito de las formulaciones institucionales esté en poder dar la respuesta adecuada a eso. Todo lo demás es devaneo teórico, es lujo que se pueden dar, en algunos países, los que hablan (diríamos) de la teoría por la teoría misma; pero es un pecado grave prescindir de los datos acuciantes de la realidad y de lo que deben ser respuestas concretas, cuando estamos viviendo en un mundo altamente volcánico, como es el mundo contemporáneo.

En lo *económico*, creo que el buen ejemplo debe venir de aquellos modelos que permiten asegurar la creatividad y la productividad, ya que no hay que matar a la “*gallina de los huevos de oro*”. El sistema político debe pensar en que no hay ninguna posibilidad de repartir torta, si no hay un crecimiento simultáneo de la torta. Ninguna ideología contemporánea sería sostiene tamaño posibilidad; pero creo que es un invento criollo el de creer que se puede repartir al infinito una torta, sin ir creando y acrecentando esa torta que se va a repartir. En definitiva, llega un momento en que si no hay creación, si no hay producción, lo que se reparte es la miseria o el déficit. De modo que ningún sistema político serio puede prescindir de esto, y los modelos realmente conscientes de este problema han puesto en el aparato normativo los recaudos necesarios para impedir que pueda ser trabada esa órbita de la creación y de la producción; que no es un campo desprendido, que no es un terreno desconectado de lo político, sino que está estrechamente vinculado con el proceso y con las instituciones políticas. No puede haber instituciones políticas desconectadas de lo que económicamente debe haber, ni viceversa.

Y tercero, *socialmente*, creo que también hay que tener en cuenta las demandas de este milenio: también el sistema político debe tomar en cuenta y no puede desentenderse de las demandas que la sociedad aplica hacia el Estado. No estamos en el siglo XIX, no estamos en la época donde no existían los

derechos sociales y se reconocían solamente los derechos individuales. Estamos en una época en que al individuo se lo considera no sólo por lo que es, sino también por lo que hace; debe asegurarse un mínimo de seguridad social, un mínimo de justicia distributiva, que está en la justificación política contemporánea.

Arnold Toynbee, poco antes de fallecer, señalaba que cuando se hiciera el balance del siglo XX, ese siglo sería recordado no tanto (o no sólo) por los grandes alardes de la técnica, por la llegada del hombre a la Luna, por las guerras mundiales, por los grandes inventos y adelantos, si no que sería fundamentalmente recordado como el siglo en que la preocupación social ha sido mayor por tratar de llegar a una cierta *igualdad de oportunidades*.

Este tema de la igualdad de oportunidades es un desafío evidentemente muy grande en nuestros países, en todo el mundo en que vivimos; porque por un lado están los totalitarios que quieren con su modelo la igualación, y por otro lado están los que, evocando románticamente siglos pasados, dicen que es suficiente el “*statu quo*” y que basta con defender una simple igualdad formal.

Sabemos que la igualdad absoluta y de hecho, es imposible y que es *contra natura*; pero sabemos también que es necesario asegurar una cierta igualdad de oportunidades, no paternalistamente, no privilegiadamente para incurrir así en nuevas desigualdades; si no para tratar de que en esa sociedad variada y plural –que no es homogénea y no es uniforme– los sectores que están más sumergidos y que están más alejados de la posibilidad concreta y material de gozar de los derechos formales, tengan alguna posibilidad de acceder a la cultura, de acceder a la salud, de acceder a la vivienda, que son elementos fundamentales para que el hombre tenga realmente un desarrollo adecuado. Es el derecho al acceso y a la movilidad social.

Paulo VI señalaba –en su famosa encíclica– que debemos procurar no sólo el desarrollo de *todos* los hombres, sino también el desarrollo de *todo* el Hombre. Es decir, de todos los aspectos del individuo: y a veces el individuo no puede desarrollar ciertos aspectos de su personalidad si no tiene la oportunidad mínima necesaria, el umbral al cual hay que acceder para gozar de todo eso.

**VII.-** En definitiva, desde este punto de vista, son tres las respuestas que en este siglo se han presentado: la respuesta de un “*statu quo*”, de países que por mantenerse a veces, en ese estado fijo han favorecido la irrupción,

luego violenta, de sistemas totalitarios, Es la respuesta de países que han pensado únicamente en los esquemas de la democracia política, sólo en el respeto puramente formal de una constitución, es decir, que se han negado a acceder a ciertos cambios. Son lo que Burdeau llama las “democracias gobernadas”, donde la sociedad es entendida como un ente puramente abstracto.

Frente a eso han irrumpido, por actos de violencia, los estados totalitarios, colectivistas, instaurando sistemas en que el Estado es todo y la Sociedad es nada; por una dictadura de grupo o de clase y una concepción totalmente absolutista, que la han justificado sobre la base de la promesa de una igualdad total; pero igualdad opresiva. Allí, en última instancia, el Estado es todo.

Y el otro camino, el tercero, es el camino del solidarismo; el camino de las democracias evolutivas que piensan en la transformación y no en la revolución, pero que tampoco están en el “*statu quo*”; que son progresistas en el buen sentido de la palabra, que aspiran a una “democracia gobernante” y a un cambio con cauce; a un cambio dentro de las reglas del juego, con igualdad de oportunidades; y que parten de entender a la sociedad como es: no como un ente abstracto ni como un todo uniforme. Sino, en definitiva, como una realidad plural, variada, en la cual el Estado debe reflejar esa composición compleja y multiforme. Es el progreso social.

**VIII.-** Ahora bien, ¿qué se ve en el mundo contemporáneo? Se publicó recientemente una estadística de una entidad que tomaba como datos tan sólo algunos aspectos de la libertad, y que llegaba a la conclusión de que en el mundo actual subsisten regímenes totalitarios, aunque la mayoría podrían ser considerados democráticos; en el sentido con que utilizamos la palabra en esta parte del mundo. ¿Cómo lo vemos desde el punto de vista de la distribución geográfica del poder? No es fácil hacer una clasificación, pero sí intentarlo para que tomemos simplemente nota, de cómo estamos rodeados y cómo estamos ubicados.

Por lo pronto, no podemos clasificar a todo el mundo con un solo parámetro. El parámetro ideológico sirve para aquellas situaciones que parecen absolutamente claras, pero no son todas absolutamente claras. Empecemos por el parámetro ideológico y tratemos de distinguir, por un lado, democracias *liberales*; tomando el sentido liberal en forma amplia; es decir, democracias donde el poder está limitado, donde juega el consenso, donde hay distribución del poder, donde existe control, donde predomina el consenso sobre la coerción, donde se respeta la libertad del individuo, donde hay transferencias

y alternancias en el ejercicio del poder, donde hay diversidad de partidos y de grupos; y tomemos, por otro lado, los regímenes de dictadura o de totalitarismo, y veamos qué hay componiendo ambos grupos.

Entre las democracias liberales hay una parte considerable del mundo: por lo pronto, podemos distinguir el subgrupo de las *grandes democracias* –tomando la palabra “grande” no sólo por su tamaño, sino y más que nada, por su trayectoria histórica, por su trascendencia, y por su fuerza paradigmática, toda vez que han servido de modelo o de ejemplo para la instauración de otros sistemas–. Inglaterra, cuna del parlamentarismo; Estados Unidos de América, cuna del presidencialismo; Francia, cuna de muchos modelos en sus grandes cambios históricos.

Tenemos luego lo que podemos llamar las *hijas de las democracias*, es decir, los países de tradición británica que han tomado esas formas pluralistas constitucionales: Canadá, Nueva Zelanda, Australia. Tenemos otro grupo, el que podríamos llamar de las *democracias medianas*; no “medianas” porque sean menos democráticas, sino porque su tamaño y su influencia histórica es, hoy en día, menor: Suiza, con toda una tradición; Austria; más recientemente, Holanda; Bélgica; Luxemburgo; e Irlanda, es decir, países europeos pequeños.

Tenemos las *democracias sociales*, donde esa nota distributiva y el factor de la seguridad social, han llevado a que el sistema permita una mayor injerencia del Estado; aunque no en la faz productiva: en esos países el aspecto de la socialización, de la seguridad social y el aspecto distributivo son muy grandes. Israel también puede estar considerado (si bien no está situado en Europa) un país que sigue esos lineamientos.

Y agreguemos los países que *sin una tradición democrática* prolongada, tienen democracia en la actualidad, Por un lado, el grupo que fue derrotado en la Segunda Guerra Mundial, las ex potencias del Eje: Italia, Alemania y Japón; auténticas democracias en la actualidad, que han seguido muchos de estos lineamientos, que estábamos recién señalando; y las más recientes –las del Mediterráneo– que han dejado atrás formas de tipo autocrático más bien paternalistas, como el caso de Portugal, el caso de España y el caso del régimen griego de los coroneles.

En el mundo marxista, a partir de 1990, fue desapareciendo una aparente diversidad: estaban, el régimen marxista típico soviético, es decir, el *modelo original soviético* con la Constitución de 1936 de Stalin, y adaptación

de Brezhnev, por un lado, y las llamadas *democracias populares*, por el otro, donde la concepción filosófico-política era como en el modelo soviético, con la única diferencia de que había una aparente menor velocidad en el tránsito hacia el Estado Comunista total, y la supuesta extinción del Estado; pero donde el “Estado Policial” funcionaba en forma absoluta y total. El *régimen chino*, que hay que ir tomándolo en toda su evolución hasta el resultado actual, y que no está totalmente perfilado ni definido. Porque luego del maoísmo se ha llegado a otro desarrollo que, desde el punto de vista institucional, significa un progresivo abandono de las formas iniciales del Estado Comunista de 1949; pero con una política exterior y una apertura económica que desconciertan. Y el *caso atípico de Yugoslavia*, reducida a Serbia y Montenegro, cuya evolución futura es impredecible; porque desaparecido el líder carismático, no es fácil saber si se podrá mantener o no la unidad de un Estado que es de por sí bastante artificial, luego de las secesiones de Eslovenia, Croacia y Bosnia.

Luego observamos una enorme superficie del mundo llamado genéricamente *el Tercer Mundo*, que es una denominación imprecisa, adoptada por un autor francés que quiso hablar de este mundo como el abate Sieyès, que habló del “*tercer estado*” en vísperas de la Revolución Francesa. El tercer estado no era nada, pero en realidad significaba todo y quería ser algo.

El Tercer Mundo sería este mundo que quiere ser algo, pero que es totalmente heterogéneo y que desde el punto de vista de los modelos políticos, es realmente muy difícil de poder precisar y de poder sistematizar. Ningún autor lo ha podido hacer hasta ahora con seguridad, certeza y claridad; no porque falte capacidad intelectual para hacerlo, sino por la imprecisión de los datos y la fluidez de las situaciones.

Es tan variado que hay sistemas pluralistas como el de la India, que tuvo un partido dominante; sistemas que van hacia el pluralismo, después de haber estado en un régimen altamente monocrático, pero que no se puede saber cuál es la velocidad hacia el pluralismo, como el caso de Egipto, con esta asombrosa evolución iniciada bajo el régimen de Sadat y que no se conoce la suerte que correrá con Mubarak y sus sucesores.

Está también el fenómeno sorprendente de la resurrección de las *teocracias*, que lleva adelante Irán, y que ha tenido algunas otras manifestaciones como el “régimen fundamentalista” de Afganistán y el caso peculiar de Pakistán. Es en pleno siglo XX y XXI que se da la resurrección de las formas teocráticas. Realmente asombra leer la Constitución de Irán, hecha sobre la base de versículos del Corán, y en la que existen artículos donde es necesario

decir que la mujer es un ser humano, o que el control de constitucionalidad de las leyes lo tienen los *ayatollahs*, y no los jueces u otros órganos del Estado. Eso indica en definitiva, que es realmente una teocracia en el sentido literal de la palabra, ya que el poder clerical domina al secular. ¡Talibanes por doquier!

El mundo de la “*negritud*”; que también pertenece al Tercer Mundo. El mundo de la negritud donde el fenómeno del color es un factor decisivo para la conformación política, y donde (yo lo he visto en Naciones Unidas en dos oportunidades), se ha proclamado el derecho a la pureza de esa negritud (y se ha condenado a países como Brasil, donde en la época colonial, y después de la independencia, se favoreció la mezcla o fusión de las razas). Fenómeno de la negritud, que ocupando las tres cuartas partes de Africa, está dominado por el sistema de partido único y, preferentemente, por el partido único de base, ya sea de cacique tribal o de bases burocrático-animistas.

La cuenca del Mediterráneo, con fenómenos tan distintos como el de Libia, por un lado; y el de Marruecos y Túnez, por el otro; y por una Argelia incierta en la que no se sabe realmente cuáles son los rasgos definitorios del régimen: si se acerca al modelo fundamentalista religioso, se acerca al modelo europeo, o va hacia una etapa socialista. Sin hablar, por supuesto, de los casos realmente patológicos que en Africa se han visto, como el Imperio de Bocaza o Idi-Amín Dada en Uganda, que ya pertenecen un poco al capítulo de la leyenda.

Y desembocando en *América Latina*: es muy difícil poderla ubicar en una sistematización o precisar todas las situaciones allí englobadas. La pauta puramente ideológica no sirve o no es suficiente, para algunos casos sí, para otros no. Por supuesto es muy fácil saber que en Cuba existe un régimen *marxista*, cuya Constitución, además, lo proclama; que tiene un partido único y todo lo demás que ya sabemos. Pero hay muchas realidades que son difíciles de poder precisar, nada más que por la ideología o por las normas constitucionales.

Hay sistemas típicamente paternalistas (a semejanza de lo que fue Haití, con la supervivencia de la familia Duvalier); o la prolongación por tantos años de lo que fue el régimen paraguayo, sin saber qué pasará después que concluya esta compleja transición que se vive a partir de la caída de Stroessner: ¿habrá más paternalismo o hay realmente una estructura sustancialmente democrática que pueda perdurar?

Tenemos también los regímenes *populistas* de tipo autocrático, que aparecen y luego, cuando las ilusiones creadas no son satisfechas (o va decayendo el entusiasmo) esa fugacidad se precipita. O regímenes de populismo, donde se ha transferido el poder formalmente, como en el caso de Venezuela, por ejemplo, con el insólito coronel Chávez. Los casos de posible instauración de versiones “*trabalhistas*” como Brasil –donde aún es prematuro adoptar una impresión– o Colombia, con un régimen acosado por la guerrilla, el narcotráfico y los paramilitares. Hemos tenido los regímenes *transicionales* y las *dictaduras militares*, de las cuales Argentina, Chile y Bolivia conocemos bien de cerca. Las *democracias pluralistas* en funcionamiento, algunas hasta hace pocos años con *partido dominante* –como el caso de México con 70 años de hegemonía del PRI– hacen pensar que las reformas políticas introducidas tienden a dar oxígeno a las regías de la democracia constitucional que el propio régimen necesita alimentar para “potabilizarse” ante la comunidad internacional como un sistema pluralista, dado que en la propia lógica del sistema democrático está la necesidad de vigorizar la participación y ofrecer, además, esa imagen.

Y, luego, los sistemas (no todos iguales, ni equivalentemente seguros y estables) que funcionan sobre el cumplimiento más o menos formal de las pautas de la *democracia pluralista*: Costa Rica, Nicaragua y Guatemala, con las enormes dificultades que vemos agravadas y donde es muy difícil hacer un pronóstico realmente seguro; Bolivia, en la medida en que se mantenga la estabilidad política y económica en apoyo del bienestar; Perú, con una experiencia inicial ya jaqueada por el folclórico Fujimori y el hoy incierto Toledo; Ecuador, donde el problema político ha quedado de nuevo a fojas cero, con el interrogante de un nuevo presidente y la necesidad de recomponer las apoyaturas mínimas para que el sistema funcione; y la República Dominicana, donde es curioso observar cómo con las menores ilusiones iniciales se va dando –durante ya bastante tiempo– un funcionamiento más o menos regular de los juegos entre gobierno y oposición.

**IX.-** Este pantallazo, nos permite, muy a vuelo de pájaro, pensar un poco en la relatividad, que es todo lo que la ciencia política puede ofrecer. La ciencia política –que de ciencia tiene poco, pero si puede tener mucho de análisis–, vale por lo segundo y no por lo primero, es decir, por su facultad o su función analítica. Los que se dedican a la llamada ciencia política (y yo aclaro que nunca utilizo la expresión “ciencia política” en singular, porque no creo que exista una “ciencia política”, en todo caso existen determinadas –en plural– ramas del conocimiento destinadas a estudiar el fenómeno político) sí tienen esa ventaja: ofrecernos reflexivamente y analíticamente, una

radiografía; pero no una radiografía aséptica, sino una radiografía comprometida. Comprometida en el buen sentido de la palabra, diciendo no sólo cómo son las distintas cosas sino también qué implican, qué suponen, qué conllevan y a dónde llevan.

Quisiera terminar con algunas reflexiones en torno a la experiencia nacional, que he querido ponerlas por escrito para ser más preciso y evitar que algún sesgo emocional me pueda llevar más allá de lo que mi pensamiento realmente quiere expresar.

En primer lugar, creo que la cuestión Argentina no es constitucional, sino primariamente política: un cuestionamiento recurrente de la legitimidad; y por ende, también está afectada la legitimidad constitucional como consecuencia de la falta que existe en nuestro país de *acuerdo sobre* las reglas del juego, y sobre el respeto a las reglas del juego. Ese es el resultado después de tantas experiencias y de tantas experimentaciones, pero realmente la crisis de legitimidad no puede negarse, por lo pronto a partir de 1930. No basta con que esas reglas del juego se expresen por el Estado, sino que es menester que aniden, que arraiguen en la sociedad. Hacen falta un “sentimiento” constitucional y una “conciencia” constitucional, al decir de los autores europeos.

El Estado es la organización del poder político en la sociedad; y, por lo tanto, es la sociedad la que debe movilizarse en busca de una legitimidad duradera. La que está enferma, en este país y en ese sentido, es la sociedad; la sociedad argentina está endémica y desde hace muchos años.

Este dato del “morbo” de la sociedad argentina, es el que permite ser poco optimista sobre las perspectivas de una pronta recuperación: en la medida en que la sociedad no genere nuevas actitudes, en la medida en que no se produzca por lo menos un cambio de actitud mental, creo que todo lo demás es —aún con buena fe— querer construir muy artificialmente.

Los partidos políticos y los demás grupos actuantes pertenecen primariamente a la sociedad, pero el Estado no debe ignorarlo; y, por el contrario, se debe aprovechar la etapa que se vive para promover su actualización y acrecentar su representatividad. Es fundamental que no se confundan las relaciones entre medios y fines, que deben caracterizar respectivamente a los partidos y a los demás grupos. Reconocer que los partidos pertenecen primariamente a la sociedad y no al Estado, significa un acto de sinceridad y trae, por otra parte, una serie de consecuencias respecto de la solidez de los instrumentos con los cuales se va a construir un futuro. Por desgracia el tema ha

sido muy descuidado durante varios años y estamos hoy en el mismo punto, en realidad, en que estábamos en la década anterior. Basta con la lectura de las novedades de los últimos meses para darse cuenta de que no ha habido ninguna innovación profunda en la materia, Sólo es profundo lo irreversible; lo epidérmico –en derecho constitucional– recibe el nombre de emergencia o de golpe de Estado, pero nunca de revolución o de proceso de cambio (sic).

El mundo ha transitado de la individualidad a la grupalidad en la concertación de las decisiones. Estamos utilizando esa expresión, quizás un poco ambiciosa, pero creo que es genuina. Existe un nuevo *Contrato Social* en el que el hombre cuenta no sólo por lo que es, sino también por lo que hace. Es decir, es la pertenencia a los distintos sectores del quehacer lo que le concede al hombre el derecho a estas nuevas formas de participación que el Estado no puede negar. Estas formas de participación deben quedar institucionalizadas, pero cuidando de no querer reemplazar el ámbito de la representación política (en cuya intermediación, repito, son necesarios los partidos) por otros ámbitos. Cada uno en su ámbito.

Este nuevo *Contrato Social* es una expresión que enriquece al consenso. El consenso no se puede reducir al acto eleccionario, una vez cada cuatro años, votando por una lista o por otra. El consenso debe enriquecer al sistema político con mayor frecuencia y no sólo en el acto individual del voto, sino en el acto (repito) de esta forma plural que es la concertación de los sectores y de los grupos. Y esta idea no es totalitaria ni corporativa, En el programa de gobierno del primer ministro liberal Spadolini, hace veinte años, en Italia, el punto de la concertación social, fue un punto fundamental dentro de su temática: que hoy es uno de los puntos fundamentales para restablecer el Estado cuando está sacudido y minado por una serie de contestaciones violentas por un lado, y de corrupción por el otro (cualquier comparación es pura casualidad...).

**X.** - Se observa una preocupante tentación al inmovilismo, cuyo mayor riesgo es la posibilidad de repetición del viejo ciclo político argentino: sucesivas caídas de los gobiernos (civiles y militares) que a su turno, además, deben ceder el poder a otros gobiernos, por lo general elegidos a regañadientes. Para evitar otra reiteración es necesario edificar las correcciones que el sistema institucional exige. Pero esos cambios no se improvisan; además, para que sean fecundos, hay que llevarlos a cabo en el momento de fortaleza y no postergarlos hasta los tiempos de desgaste o debilidad que es –repito– un dato importante para el acierto en las formulaciones. Por eso, el problema de fondo radica en los partidos políticos.

Si bien la cuestión política argentina no se soluciona con el mero cambio de normas constitucionales (pues hay que abandonar aquella ilusión racionalista de creer que las normas, por sí solas, cambian la realidad: no, las normas solas no bastan, no es un problema puramente normativo); parece razonable optar por un cambio encauzado, en lugar de un cambio total, de un cambio sin cauce o de cambios que desborden los cauces preexistentes. En su oportunidad una estructura política consolidadora, que organice los poderes del Estado con la mayor funcionalidad posible, dentro de los límites precisos que deben asumir los roles de ese mismo Estado y la órbita de la sociedad.

Son dos los aspectos a considerar: por un lado, la precisión separatoria o demarcatoria entre el ámbito de la sociedad y el ámbito del Estado, ya que cualquiera sea la distribución, es menester que su contenido y su conocimiento aseguren una calculabilidad mínima (como decía Max Weber) para afianzar la seguridad jurídica. Por otro lado, corresponderá algún día modificar en legal forma la reforma de 1994, que fue de intencionalidad puramente electoral.

Es de lamentar que esas reformas tuvieran dos pecados capitales, que han llevado al fracaso constitucional, que es otro de los fracasos, junto con el fracaso político.

Primer pecado capital: reformas que eran para la coyuntura, es decir, que eran para regular un proceso electoral. Eso hizo que el paquete de las reformas apareciera confundido, o sea, una materia con la otra y, por ende, cuestionado.

Y segundo, evitar que las reformas tuvieran como única base el acto de autoridad que las implantaba: el Pacto de Olivos. No se hizo así y, finalmente, se llegó a una situación paradójica –casi diría insólita en derecho Constitucional Comparado– de que una parte de la Constitución pasó a aplicarse al día siguiente de sancionada y fue aceptada por quienes reaccionaron al poder y por quienes reaccionaron a la oposición, mientras que el resto del articulado nunca fue cumplido. Asistimos pues a una reforma que de tal a tal artículo existió, y de tal a tal artículo no existió por falta de la operatividad adecuada, lo cual fue advertido, señalado y prevenido en su momento; pero no se consiguió evitar el error.

El realismo de los constituyentes en nuestro país, debe alejarlos por igual, tanto de la tentación de alcanzar un “perfectismo constitucional” –que a mi modo de ver es ciencia-ficción–, cuanto de la debilidad de ignorar la

necesidad de esos cambios y de querer regresar a la ilusión del derecho “retroconstitucional”, Así como está de moda el “retro” en el cine, y en el arte en general, algunos quieren poner de moda también el retroconstitucionalismo pensando en la *Belle Époque*, cuando en realidad estamos en un mundo que no tiene nada que ver ya con aquella época feliz, ni con las décadas álgidas del siglo XX. La apelación a fórmulas ortodoxas sólo puede deparar satisfacciones intelectuales, pero ya no sirve para solucionar los problemas institucionales de nuestros países.

El funcionamiento eficiente, por último, de las instituciones políticas ha pasado a ser un elemento fundamental en la consideración popular de los regímenes. Estos son considerados valiosos o disvaliosos por algo más que su mera conformidad teórica con los modelos doctrinarios, o con las exigencias ideológicas. Debemos demostrar que tal eficiencia es perfectamente alcanzable a través de un sistema representativo, del mismo modo en que debemos demostrar que es perfectamente posible compatibilizar las exigencias de la seguridad nacional, con los procedimientos de una democracia. Si no conseguimos demostrar estas cosas, creo que todo lo que intentemos van a ser castillos de arena, castillos de naipes.

Como pretendo ser optimista —y pretendo serlo en homenaje a nuestro pueblo— creo que vamos a acertar sobre la base de la modestia de reconocer, todos, que somos falibles, pero sobre todo teniendo fe. Si no tenemos fe, si no tenemos una convicción arraigada y compartida en torno a la filosofía del sistema que queremos defender y del régimen que queremos poner en funcionamiento para instrumentar a ese sistema, si no tenemos eso, habremos ya fracasado anticipadamente.

## Segunda Parte

Reflexionar sobre el sesquicentenario de la Constitución, remite necesariamente a hacerlo también sobre el reciente sesquicentenario de *Las bases...* de Alberdi tratando, en muy breves palabras, de puntualizar los aportes más fundamentales de su contribución a la organización constitucional de la República.

Hay que partir (como él mismo utilizaba esa palabra) de cierta premisa; y la premisa es que, luego de la labor de la generación que actuó en la Revolución de Mayo y en el proceso de la Independencia, y de los que vivieron las vicisitudes de la larga Guerra Civil Argentina; la generación del ‘37, cuando

tiene la oportunidad histórica de dar la organización constitucional definitiva del país, tuvo bien en claro que el sistema a adoptar debía reunir ciertos caracteres, de los cuales no podían apartarse porque los cuarenta años previos indicaban que el modelo a seguir tenía que obedecer a esas improntas.

En primer lugar debía organizarse una República, porque cualquier intento monárquico había quedado desechado; en segundo lugar una forma de democracia representativa; en tercer lugar un Estado Federal, ya que los intentos unitarios habían sido derrotados en los terrenos de las luchas y, también, en el terreno de las ideas; un régimen presidencialista y una justicia independiente.

Para poder tomar en cuenta modelos que respondieran a todas esas pautas, no había muchos ejemplos en el mundo. Piénsese que a mediados de ese siglo la mayor parte de los regímenes, tanto europeos como americanos, respondían a formas monárquicas; aquéllos que tenían ciertos atisbos democráticos respondían a formas parlamentarias, predominaban los sistemas de monarquías absolutas o, en América Latina lisa y llanamente, las dictaduras.

En gran parte del mundo no se tenía conocimiento de cuál era, en la realidad de los hechos, el funcionamiento de sus formas de gobierno. Y sí, con la mayor parte de estos caracteres, estaban presentes el modelo norteamericano de Filadelfia y el más reciente de Suiza, cuando había producido su transformación con la Constitución de 1848, para convertirse en un Estado Federal.

Alberdi conocía, en algunos casos por testimonio directo y en otros casos por sus lecturas, cuál era el mapa del mundo desde el punto de vista de los regímenes político-constitucionales, *Las bases...* no fue el producto de una improvisación, ni de una inspiración instantánea. Ya en Montevideo —en el periodismo—, había publicado numerosos aportes que fueron prácticamente, anticipos de capítulos de *Las bases...*, como lo ha demostrado Alberto Demicheli. Había profundizado las experiencias de Estados Unidos y de Suiza, particularmente a través de la obra de Pellegrino Rossi quien fue el principal autor de la Constitución Suiza. No obstante su origen italiano y su azarosa vida política, este curioso personaje llega a ser el profesor fundador de la Cátedra de Derecho Constitucional en París, en la época de Guizot, hasta morir asesinado en las escalinatas del Vaticano en un interregno en que el Estado pontificio tuvo un primer ministro y Pellegrino Rossi ocupaba el cargo.

Pero Alberdi conocía fundamentalmente la experiencia de Chile, donde había estado bastante tiempo, y el modelo que Egaña había impuesto a través de la Constitución de 1833; donde la impronta presidencialista estaba muy marcada como la alternativa frente al caos, a la anarquía o al desorden que hasta ese momento habían signado no sólo la vida política de Chile, sino también la de muchos estados latinoamericanos independizados a partir de 1810.

Y, por último, también Alberdi tenía a su favor el hecho de la gran amistad que lo unía con Juan María Gutiérrez, lo que permitió que, estando él ausente del país y del Congreso General Constituyente, a través de Gutiérrez pudiera llegar a la mente de Urquiza y al pensamiento de los demás constituyentes que participaron en la Obra Magna de 1853.

Al método adoptado por Alberdi puede llamárselo, en el sentido más encomiástico de la palabra, de realismo constitucional. El sostiene que los estados deben recibir las constituciones que necesitan para satisfacer los fines que se deben alcanzar con el objeto de modelar un Estado que permitiera salir del desorden, del despoblamiento, de la carencia de productividad, en el cual rigiera el Derecho, aumentara la población, se integrara el territorio y se desarrollara una economía que, en definitiva, asegurara el objetivo del bienestar general.

Ese realismo constitucional lo lleva, diríamos, a configurar en su pensamiento que la Constitución, valiosísima en sí misma, lo es como instrumento, como herramienta que tiene además un valor emblemático, simbólico; pero que no es un fin en sí misma. Es un medio, una herramienta, y, por lo tanto, tiene que ajustarse a lo que son propiamente los fines que, finalmente, están enunciados en el Preámbulo de la Constitución.

Eso lo lleva entonces, sopesando los antecedentes históricos, tomando en cuenta los equilibrios existentes, y midiendo la fuerza de las potencias políticas actuantes en el seno de la realidad nacional; a concebir un modelo que, si bien toma en cuenta otros modelos, tiene perfiles muy particulares que son, en muchos casos, transacciones o conciliaciones de diferentes puntos de vista.

Por lo pronto, el sistema mixto de Estado Federativo al que llega dejando de lado los extremos de la confederación y de la consolidación o unidad absoluta (como se había expresado en la Constitución de 1826), si bien toma en cuenta el antecedente suizo y el antecedente norteamericano, lo hace con bastantes diferencias.

El Dr. Sánchez Viamonte, profesor en La Plata y en Buenos Aires, se tomó el trabajo de enumerar las semejanzas, y las diferencias, entre Estados Unidos y la Argentina y encontró siete grandes semejanzas en lo sustancial, en lo fundamental, en lo que podríamos llamar lo nuclear del Estado Federal Argentino. Pero observó que había diecisiete diferencias en aspectos que, si bien no eran sustanciales, tenían su importancia: por ejemplo, que la legislación de fondo en la potencia del norte era local, o estadual; y entre nosotros se entendió, desde el primer momento, que debía de ser nacional es decir central.

También hay un capítulo en *Las Bases...*, de un notable realismo constitucional que merece ser releído y que se refiere a lo que hoy podríamos llamar “*la tensión entre las fuerzas centrípetas y las fuerzas centrifugas*”, que operan permanentemente en todo estado federal. La presión del centro para absorber, y la presión de las partes componentes y de los miembros del Estado federal, para retener. Si uno lee desapasionadamente el inventario que Alberdi practica en ese capítulo, donde señala cuáles eran los antecedentes y fuerzas que llevaban hacia la unidad, y cuáles eran los antecedentes y fuerzas que operaban en el sentido de la descentralización. Uno comprueba -con cierta tristeza- que los segundos, es decir los antecedentes centrifugos, se han atenuado, se han empalidecido con el transcurso del tiempo -y ya esto viene de hace muchos años, es decir que es un largo proceso-, mientras que los antecedentes centrípetos, que conducían al establecimiento de un poder central fuerte, no sólo se mantienen en su vigencia, sino que se han acentuado y operan con una intensidad que no ha podido ser morigerada por otros mecanismos de equilibrio.

Por eso Alberdi escribe algunas frases, que repite luego en la polémica con Sarmiento y en otros escritos, que pueden caer antipáticas, pero que son también de un hondo realismo y de una gran visión prospectiva. Por ejemplo, señala que “*el mundo, con el transcurso del tiempo, no se ocupará de provincias, se ocupará de naciones*”; luego, en otra obra posterior (en *El crimen de la guerra*), habla de relaciones o vinculación de naciones, como anticipando que va a haber una organización internacional. Pero cuando dice que el mundo no se va a ocupar tanto de provincias sino de Estados nacionales, está señalando que la única forma de poder entrar al concierto de las naciones y de participar del mundo -que en ese entonces era más pequeño, pero al cual queríamos acceder-, era hacerlo con una presencia integral del país todo, y no separadamente por sus unidades componentes.

En otro párrafo, que también puede caer antipático, dice que “*el punto de partida fue la Confederación, pero el de llegada será la Unión*”, con lo que está señalando que el modelo federal no va a ser un modelo federal estático y que, obviamente, va a tener que reconocer reajustes que sucesivamente se producirán según sea la evolución de los acontecimientos. Esta evolución de los acontecimientos tiene hoy en día un protagonismo muy importante a la instancia de la regionalización; entendida ésta no como un fenómeno sustitutivo de las provincias, si no como una forma de mejor aprovechamiento de los esfuerzos regionales a fin de compensar, no ya el viejo equilibrio entre lo centrípeto y lo centrífugo, sino el fenómeno –verdaderamente patológico– de la falta de *equivalencia* de las unidades componentes del Estado federal; entre las cuales tres, cuatro, o cinco a lo sumo, son casi autosuficientes y el resto son totalmente dependientes; porque no alcanzan realmente ni en su población, ni en su riqueza, ni en su territorio, ni en sus perspectivas, a ser autosustentables (para usar una palabra que está de moda); como lo podrían haber sido en 1853, cuando las diferencias no eran tan desparejas.

Pero el mayor acierto de Alberdi es el presidencialismo: allí cargó las tintas, se inspiró –como dije– en la Constitución de Egipto, en el modelo chileno. Pensó en un Poder Ejecutivo fuerte como única forma de evitar la repetición de los fenómenos de anarquía que habían desquiciado al país en las décadas anteriores, o de la falsa Confederación, que en la práctica, era un régimen fuertemente centralizado en la ciudad de Buenos Aires y en su Puerto. Alberdi concede al Poder Ejecutivo todo lo que ustedes ya saben: entre otras cosas, una amplia potestad reglamentaria, y también delegataria. Es uno de los primeros que, en su proyecto, introduce una cláusula referida a este segundo problema, y dice casi textualmente: “*Dadle todo el poder al Ejecutivo, pero dádsele a través de una Constitución con límites y con controles*”. Allí está, de alguna manera, lo que él quería significar: el poder fuerte, pero no el poder ilimitado. El poder vigoroso, pero que no podía ser absolutista. El poder amplio, pero que tenía que estar sometido a controles y debía afrontar responsabilidades, para lo cual tenían que existir mecanismos que llevaran o condujeran a ese resultado.

De modo que, en materia de control y de responsabilidad, recogió lo mejor de la experiencia comparada –de la experiencia europea y americana– y lo incorporó en su proyecto y, en gran medida, pasó a la Constitución.

Pero el pensamiento (y el vuelo de su pensamiento) lo llevó más lejos aún; no en *Las Bases...*, pero sí en otras obras. Alberdi es el primero en concebir al hombre como sujeto de derecho internacional –y esto lo hace antes

que un gran internacionalista, Jitta, que en el hemisferio norte es reconocido como el precursor o promotor de esa doctrina—; y, también es el primero en anticipar —en 1870, en vísperas de la guerra franco-prusiana—, la necesidad de una organización internacional de las naciones. Con lo cual se anticipa al pensamiento y a la obra del presidente de Estados Unidos, Woodrow Wilson, que concreta esa idea en 1918-19 cuando, a través del Tratado de Versalles, surge la Sociedad o Liga de las Naciones. Pero la obra que motiva nuestra reflexión, *Las Bases...* es un resumen, una síntesis de sabiduría teórica y experimental no frecuente en la literatura jurídico-política de aquella época — estamos hablando, como se sabe de 1852—.

La influencia de Pellegrino Rossi en Alberdi es muy grande, porque hasta en el título está presente: lo de “*puntos de partida*”. “*Bases y puntos de partida*” era un pensamiento recurrente en la producción de Pellegrino Rossi y está en la obra que él dejó, en el primer tratado, cuando era profesor en París, en 1834; y en los escritos que elabora una década después para preparar el proyecto de Constitución de Suiza. Y hay diversos artículos, sobre todo la parte vinculada con la relación entre la nación y las provincias —en la última parte de la Constitución—, donde están muchas expresiones tomadas casi textualmente de la obra de Rossi.

En síntesis, la vida de este hombre —aunque hoy ya no merece reparo, ni cuestionamiento, ni está puesta en duda su gravitación— fue, sin embargo, muy azarosa. Se lo ha llamado “el gran ausente”, porque la mayor parte de su vida transcurrió fuera de su querida patria y de su querida provincia. Ausencia y pasiones; pasiones enconadas que despertaron algunas de sus actitudes y algunos de sus enfrentamientos —algunos de tipo personal, otros de tipo principista—; pero esto actualmente se ha superado, felizmente. Piénsese que en 1910, cuando a la vieja avenida Provincias Unidas se le puso el nombre de Juan Bautista Alberdi, en esta ciudad de Buenos Aires, algún periódico tituló —en su editorial—: “*El premio a una traición*”, por la actitud que había tomado Alberdi frente a la guerra con el Paraguay, muchos años antes. Es decir, seguían vivas ciertas brasas ardientes provocando esos enconos.

Hoy, la situación es distinta; su gravitación y el reconocimiento a su obra son incuestionables. Fue, además, el primer gran comparatista del Derecho Público argentino; el primero en utilizar el método comparado en forma sistemática para llegar a conclusiones equivalentes, similar a lo que, en las ciencias naturales, puede ser la experimentación.

Alberdi no predicó la petrificación de los textos, no obstante que insistió y remarcó –en reiteradas oportunidades– que el secreto de la vida constitucional de un Estado era el mantenimiento, la continuidad, la preservación y el respeto de las normas de la Ley Fundamental. Pero advirtió de entrada que había dos tipos de constituciones: *constituciones de promoción*, para la iniciación de los procesos constitucionales; y *constituciones de consolidación*, para fortalecer la perduración de esos procesos constitucionales. Diríamos, con Pascal, que era un optimista, pero no un iluso. Ese era su *realismo* en el pensamiento constitucional y también el que trascendía lo constitucional porque era un hombre de carne y hueso muy completo.

Por eso, son de justicia, dos palabras sobre la persona de Alberdi, como calidad humana, como belleza humana. Era un hombre de una gran sensibilidad, como todos saben, no era únicamente un técnico del Derecho, era un hombre que abarcó también la pasión literaria. *El gigante amapolas*, por ejemplo, es una obra de teatro debida a su pluma; debido a su vocación musical, fue autor de *Minué* y de otras piezas musicales propias de la época. Tenía, además, un gran sentido del humor: siendo embajador en Francia, en una época que coincidió en cierta parte con el régimen de Napoleón III, dijo que en ese Imperio bonapartista todo era muy natural. Entonces le preguntaron por qué decía eso cuando no era tan natural como sucedían las cosas. “No –dijo–, porque la mayor parte son hijos naturales”, y empezó a enumerar –desde el Trono para abajo– a una gran cantidad de personajes que respondían a esa calidad. Asimismo, en el *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, se proclama politeísta. No como demostración de pluralismo, sino porque señala que “*mientras existió el politeísmo no hubo guerras religiosas en el mundo*”. Lo cual como dato histórico es cierto, pero él lo señalaba como parte de su rasgo de humor, porque cuando escribe el fragmento preliminar y se proclama politeísta, en estas tierras eso parecía, más que un acto de audacia, un acto de temeridad.

Era un hombre tímido, muy tímido y, acaso, frágil; la prueba está en su vida sentimental de la cual poco se sabe; se conoce que tuvo un hijo, al cual nunca terminó de reconocer. Pero era un hombre muy tierno, muy sensible, y así lo demuestran episodios como la reconciliación –de tanta fuerza, de tanto valor– con Domingo Faustino Sarmiento, hecho que marca, en los dos personajes –más allá de las diferencias que los separaban, incluso la polémica constitucional–, que había una afinidad de espíritus coincidentes, sobre todo en la defensa de determinados valores.

Para una cosmovisión no basta con *Las Bases...* Alberdi, felizmente, dejó una cosmovisión que tiene como un pináculo fundamental *Las Bases...*, pero que abarca el *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación* del que surge toda una filosofía de cómo debía ser el camino a emprender para la marcha del desenvolvimiento económico del país; sobre todo, el capítulo introductorio del *Sistema Económico y Rentístico* es de una claridad filosófica admirable para comprender cuál era la idea dominante frente a las viejas teorías mercantilistas y a las otras doctrinas fisiocráticas que habían imperado en siglos anteriores. En tercer lugar, *El crimen de la guerra* como una obra anticipatoria, por algo estuvo prohibida en nuestro país por algún gobierno ya lejano (1943).

Su discurso en la Facultad de Derecho cuando, a su regreso efímero y final al país, fuera invitado por dicha Facultad como orador principal en el acto de graduación, dice: “*la omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*”. Desarrolla ese tema realmente con una visión muy lúcida, destaca la diferencia entre la sociedad y el Estado, y concluye que el Estado debe estar al servicio de la sociedad; pero no el ente que domine y aplaste a la sociedad y que, por lo tanto, sojuzgue a los individuos.

Y, por supuesto, su preocupación por todos los elementos del Estado – esto aparece en todas sus obras– destaca un componente que nosotros hemos descuidado en el último siglo, que no es el territorio, que sí se integró; que no es el poder, que sí se preservó pese a todas las vicisitudes que ha tenido; sino la población, el pueblo. Notemos la carencia en la Argentina de hoy, en 2003, de una política poblacional, pues emigran los mejores e inmigran los peores; lo que lleva, en definitiva, a un desaprovechamiento total de los esfuerzos formativos que el país, en el esfuerzo conjunto de la población y en el pago de sus contribuciones, hace para la formación de la materia gris y la mano de obra especializada. Y a cambio de lo que exporta, recibe, finalmente, indocumentados y prontuariados, salvo honrosas excepciones.

Figuras así, como las de Alberdi aparecen pocas veces. Son raras, hay desabastecimiento, yo diría que la fábrica no entrega, no entrega estos productos. O me pregunto: ¿No será que la semilla ya no germina porque la tierra subyacente ya no es fértil? Si fuera por esto último, la cosa sería mucho más grave porque tendríamos una responsabilidad colectiva, todos, de no dar la fertilidad necesaria para producir figuras que tengan tamaño cosmovisión y tal poder visionario respecto de cómo modelar las instituciones de aquí en más.

Para los que ya hemos –como en mi caso- traspuesto por edad la línea ecuatorial de la vida, sólo las nuevas generaciones de jóvenes animosos podrán develar el misterio que nos agobia: ojalá el resultado sea positivo.

### Tercera Parte

#### *Conclusiones*

Del cotejo entre los principios sostenidos por el credo de la democracia constitucional y la idea del Estado de Derecho, con los cartabones y pautas adoptadas por los autores de la Constitución Histórica de 1853 (incluyendo el texto definitivo de 1860), se desprenden conclusiones de especial relevancia en cuanto a la conformidad del modelo “adoptado” y “adaptado” a las necesidades argentinas. Entre los datos más significativos, cabe mencionar:

A) Los constituyentes apuntaron a la sanción de una Constitución escrita, rígida, genérica y pragmática (sin perjuicio del sustento filosófico y político que la inspiraba), que tuviera las prescripciones propias de una Ley Suprema y que reuniese las condiciones para resultar cumplible y aplicable. Tuvieron en mira alcanzar la mayor aproximación entre la constitución “formal” y la Constitución “real”.

B) En materia constitucional, las formas son parte de la sustancia. Hasta una coma u otro signo de puntuación –ni qué decir de adjetivos, verbos o adverbios– asumen una importancia decisiva y decisoria en la mecánica funcional del sistema pergeñado para durar mucho más que las leyes ordinarias.

C) La Constitución –como-luego afirmaría la Corte Suprema– estaba destinada a regir en toda circunstancia: en tiempos de paz como también en épocas de guerra; en momentos de normalidad, como asimismo en situaciones de crisis, emergencias o estado de necesidad. Fue también la Corte Suprema la que proclamara, a manera de advertencia o premonición, que “*fuera de la Constitución sólo se podía esperar la anarquía o la tiranía*”; a lo que podemos añadir que, según los datos de la experiencia, la primera (anarquía) suele desembocar en la segunda (tiranía).

D) Aún siendo pragmática, la Constitución incluyó normas que marcaban la realización de un programa de política arquitectónica a cumplir por los gobernantes venideros a partir de la Organización Nacional y hasta nuestros días, tales como las normas expresivas de “fines” que enumera el Preám-

bulo, el mandato para la reforma de la legislación (art. 24), la cláusula alberdiana del progreso –verdadero repertorio de “objetivos”– (art. 67, inc. 16, en la nomenclatura de 1853, y muchos otros casos.

E) Bajo la vigencia y el cumplimiento de esa Constitución, en pocas décadas de firme esfuerzo, la República se consolidó en todos sus aspectos, pasando del desierto a la constelación (y es orgullo), al quedar ubicada y reconocida entre la primera docena de naciones del mundo civilizado de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Aquellos ejecutores fieles del mandato constitucional pusieron tanto empeño y con tanto acierto, que de la nada hicieron todo, mientras que nosotros (los sobrevivientes) nos evaporamos hacia el paulatino achicamiento del país y su sociedad.

F) La Constitución de 1853 transmitió la fuerza de un empuje inigualable. Si por vía de hipótesis practicáramos un ejercicio de *ukronia* (fuera del tiempo), me atrevería a sostener que a pesar del infausto resultado de la no vigencia, tan sólo la promisoria Constitución rivadaviana de 1826 portaba un empuje e impulso transformador de quilates semejantes. ¡Qué pena: se perdió un cuarto de siglo! A diferencia de los intentos anteriores, el texto de 1853 (y su complemento de 1860) tuvo el arraigo suficiente para acceder a la perdurabilidad; y a pesar de sus reiteradas violaciones y sustituciones, siempre renació de entre las cenizas como el Ave Fénix, por la increíble virtud de poseer fuerza carismática. Es un caso extraordinario: que el “carisma”, generalmente asociado a las figuras humanas, se trasladara a un conjunto normativo, al que siempre se acudía (¿y por qué no seguirá siendo así?) cada vez que los argentinos –al borde de la desazón o la desesperación– necesitaban superar una de las graves crisis de nuestras numerosas vicisitudes institucionales. ¡Una Constitución con el don del carisma!

G) Un texto escueto, claro y sencillo. Redacción pulcra, fruto de la combinación armónica del dominio literario de Juan María Gutiérrez, la notable sabiduría jurídica del joven estadista José Benjamín Gorostiaga y la veteranía política de Salvador María Del Carril. Estaban, todo ellos, pletóricos de fe en las instituciones y les sobraba voluntad para cambiar las mezquindades de la realidad. Para ello, bastaba con pocas palabras, en un texto sucinto, que contagiaba valores y creencias en un progreso ilimitado. Por eso hay que aprender la lección, o sea: de nada vale multiplicar las palabras si se dividen las creencias y aumentan las carencias (especialmente las de índole axiológica). En épocas de demolición, se reemplazaron los principios rectores por un repertorio de antiaxiomas: en vez de “*educar al soberano*” se dijo “*alpargatas sí, libros no*”; en lugar de afirmar “*la victoria no da derechos*”,

se tradujo por “*al enemigo, ni justicia*”; en reemplazo de la generosidad de “*ni vencedores, ni vencidos*”, se optó por el apotegma «*para un argentino no hay nada peor que otro argentino*” (y peor aún si es un adversario...).

H) El árbol que no deja ver el bosque; o como exclama Edgard Allan Poe: *de tanto mirar una estrella perdemos de vista el firmamento*. El problema institucional argentino pendiente de resolución, no transita por los andariveles puramente normativos. El problema pasa por las estructuras de intermediación y el enorme déficit que ofrecen, desde el punto de vista de su credibilidad y confiabilidad, a los ojos de la sociedad argentina. Aún admitiendo que el problema es universal, debemos reconocer que en el caso vernáculo, se encuentra agravado por el descuido en la formación de estadistas y en la capacitación de administradores eficientes y responsables. Nuestros partidos políticos –que también tienen virtudes– han tenido el defecto de especializarse en escuelas de oradores (de barricada, de parlamento, de cafetín, de agitación, etc.). Hay que revertir la tendencia, pues de lo contrario (si los partidos no asumen ese deber) acontecerá que con el mismo sastrero, con la misma máquina, con la misma tela, con el mismo operario y con el mismo corte..., el producto resultará el mismo, aunque puedan variar los colores del traje en cuestión.

I) El propósito que abrigaban los constituyentes de 1853, fue alcanzar un gran cambio y transformación del país; algo así como un doble salto cualitativo y cuantitativo con relación a las condiciones reinantes al momento de la caída de Rosas. Ese doble salto merece un triple juicio, de resultados positivos; a saber:

a) **Valorativo:** pues tuvieron un gran acierto en el medio elegido; la Constitución era un instrumento primordial para encauzar tal emprendimiento.

b) **Comparativo:** toda vez que la “adaptación” de un modelo republicano, federal, presidencialista, dotado de una justicia independiente y con poder de control, resultó afortunada al tomar en cuenta las experiencias conocidas de la Constitución de Filadelfia de 1787, la Constitución Suiza de 1848 y la Constitución de Chile elaborada por Egaña en 1833 (esta última en lo que se refiere a la configuración de las potestades del Poder Ejecutivo).

c) **Descriptivo:** habida cuenta de las ventajas ofrecidas por un texto constitucional revestido del rango de “ley suprema de la Nación”, bajo la forma codificada (por oposición a los textos dispersos), de naturaleza rígida (en el doble carácter de rigidez procedimental y orgánica, o sea, superlativa-

mente rígida), con amplitud aplicativa, que evitó que los contenidos subyacentes de índole valorativa –y los consiguientes ideales finalistas– no oficiaran como obstáculos insalvables para las realizaciones prácticas y concretas que el devenir histórico pudiera demandar ante la aparición de nuevas e impredecibles circunstancias.

J) La Constitución fue el producto de una coincidencia de dos generaciones: la afamada y lúcida pléyade de la “generación del 37”, a la que se sumaba una juventud igualmente brillante y actuante, de la cual uno de sus epígonos más destacados era el diputado constituyente –y miembro informante del proyecto– José Benjamín Gorostiaga (de veintinueve años de edad). Esa confluencia generacional, irradió un potente sentido de futuridad al andamiaje institucional del país nuevo que se pretendía construir entre todos y para todos; todo lo que se reflejó al cabo de pocos años en los frutos que ningún revisionismo histórico podrá negar:

a) **Población**, acrecentada por el fomento de la inmigración europea (art. 25), que incorporó experiencia, mano de obra, aumento de la natalidad (más argentinos, merced al *jus soli*), integración cultural con el mundo de avanzada.

b) **Territorio**, sumando y multiplicando la superficie luego de la “conquista del desierto”, que permitió preservar la integridad de una vasta extensión que había quedado sin resguardo ante las apetencias foráneas.

c) **Riqueza**, que se fue creando y difundiendo a través de la acción conjunta de las fuerzas del trabajo (en el campo y en las ciudades) y de las inversiones, nativas y extranjeras, conjugadas tanto por la vía del ahorro cuanto por la atracción de nuevos capitales que acudían al son de la seguridad jurídica que el nuevo Estado de Derecho garantizaba a través del capítulo inicial de la Constitución (“Declaración de Derechos y Garantías”) y de los resortes garantistas en manos de la separación de poderes y de un Poder Judicial independiente.

d) **Poderes públicos**, concebidos como fuertes, pero no de fuerza ni arbitrariedad en su ejercicio. El régimen de “*checks and balances*” concedía preferencia al Ejecutivo, pero ello en razón de la necesidad de evitar la reiteración de una triste historia de anarquía y caudillismos locales. La intervención federal en las provincias (art. 6) y el estado de sitio (art. 23) fungían como “*espadas de Damocles*” para ser desenvainadas en casos extremos, aunque corresponde reconocer que el uso abusivo llevó a desnaturalizar esos

institutos cuya finalidad constitucional consistía en preservar, y no en agobiarse, a la doble separación de poderes (la horizontal o funcional y la vertical o territorial).

e) ***Derechos subjetivos y derecho objetivo***, como marco de referencia de un régimen de vida que respetara la *“eminente dignidad de la persona humana”* (Pico Della Mirandola), con notas de certeza y certidumbre, de códigos y leyes complementarias, al nivel de los países más desarrollados del orbe; con una justicia (local y federal) que gozara de estabilidad; con mecanismos que afianzaran el principio de responsabilidad de los gobernantes.

f) ***Inserción en el mundo***, venciendo las enormes distancias geográficas que nos separaban de las naciones del hemisferio norte; procurando el intercambio cultural y el comercio con quienes necesitaban de nuestros productos y de quienes nosotros también necesitábamos insumos, los que ellos – con mayor tecnología– habían logrado en los comienzos de la era de la industrialización. La Argentina pudo, asimismo, lucir ante la faz de la Tierra un acopio doctrinario que llenaba de orgullo a nuestro pueblo: Carlos Calvo, Bernardo de Irigoyen, Luis María Drago, etc., son ejemplos de un magisterio.

g) ***Educación, instrucción, cultura, ciencia***, para *“educar al soberano”* (Sarmiento) y para poder llegar a proclamar en asambleas internacionales, que nos preciábamos de tener *“mas maestros que soldados”* (Montes de Oca).

En síntesis, el régimen de la democracia constitucional instaurado a partir de 1853 creó las condiciones del auténtico progreso social: un “progresismo” que no era retórico, sino palpable y tangible, abriendo compuertas para facilitar la libertad de acceso en el ascenso social, económico y cultural; procurando las mayores y mejores oportunidades para los argentinos y para todos los hombres del mundo que quisieran habitar nuestro suelo (según el Preámbulo de la Constitución, que Adolfo Posada propuso como introito de la Carta de la Liga de las Naciones, por su belleza y su contenido).

Los constituyentes crearon las condiciones para todo ello. No se valieron de utopías, les bastó con asimilar la experiencia de los infortunios vividos en las cuatro décadas anteriores (anarquía y tiranía). Sólo Rivadavia, en sus pasos por el gobierno provincial y nacional, había demostrado poseer una voluntad tan formidable de progreso y adelanto, en todos los órdenes de una vida civilizada. Bien se ha dicho que todos los argentinos, desde antes de nacer hasta el instante postrero, transitan por instituciones pergeñadas y creadas por Rivadavia y Sarmiento (sic).

K) Como los constituyentes creían firmemente en el ideal del progreso continuado (y en esa fuerte convicción tuvieron por herederos y continuadores a la generación del 80), en su repertorio de postulados estaba incluida la admisión de los cambios, a fin de perfeccionar gradualmente el régimen político-constitucional establecido. Como ejemplos concretos, cabe mencionar el art. 13, en cuanto posibilitaba la unión entre provincias, siempre que mediara el acuerdo entre las interesadas y la conformidad del Congreso Nacional (con lo que se anticiparon clarivamente a la alternativa de una regionalización en serio del mapa federal de la República como vía para alcanzar la “equivalencia” entre las unidades componentes); y –en la misma línea de pensamiento evolucionista– cabe traer a colación el art. 30, al aceptar una reforma total o parcial del propio texto de la Ley Suprema, siempre a través del procedimiento y de los órganos por ella misma previstos, para ejercer en su caso el poder constituyente de reforma o revisión (poder constituyente derivado o instituido, o en “etapa de continuidad”). Todo el capítulo de derechos y garantías era –y sigue siendo– una medalla de doble cara: por un lado, escudo protector; por otra parte, pared porosa y permeable a la incorporación ordenada y progresiva de los cambios que se hicieran necesarios a resultas de la influencia en la inserción de la Argentina en el “mundo” de la época y la implícita invitación a recibir la inmigración europea, reconociéndole la plena igualdad de derechos civiles con los propios de los argentinos nativos (con la única excepción del acceso a la Presidencia de la Nación, hoy art. 89 C.N.).

Los estadistas posteriores al proceso constituyente se encargaron de completar la obra. Comenzaron con el Código de Comercio y el Código Civil; y la nómina de autores y la lista de leyes y decretos transformadores (diríamos revolucionarios, en el sentido no violento, ni tumultuario o tumultuoso), prolonga la obra fundacional con un sentido arquitectónico, semejando lo que en tiempos ulteriores se denominó “*ingeniería constitucional*”. Medio siglo después, cuando atravesábamos el meridiano del “novecientos” y nos acercábamos al Centenario de la Revolución de Mayo, el país ya estaba maduro para dar un paso fundamental en el fortalecimiento de los derechos políticos: la Ley Sáenz Peña vino a consagrar el sufragio universal, secreto e igualitario (su carácter obligatorio fue punto de discrepancia entre las cámaras legislativas, aunque se impuso finalmente), permitiendo que –pacíficamente– transitáramos del régimen de “los notables” al reinado democrático de una sociedad que ya había cambiado bastante después de 1853. Podíamos presentarnos ante la comunidad internacional con los “*deberes hechos*”, demostrando que la “*revolución por las urnas*” había sido algo más que “*la quimera de un romántico*”, para erigirse en un punto de referencia para todos aquellos que –desde los confines más remotos– buscaban una “*tierra de*

*promisión*”. Así fue como en la década del veinte, durante la presidencia de Marcelo T. de Alvear y por su indicación, el ministro de Hacienda -ante un desfasaje de las finanzas públicas que no había podido contemplar la Ley de Presupuesto de ese año– se dirigió a la banca londinense preguntando cuál sería el tope de un crédito de emergencia para la Argentina. El telegrama inmediato de respuesta contenía una sola palabra: ilimitado (sic).

L) Pero, de repente, se nos cayó la estantería: primero esporádicamente y, después, estrepitosamente. ¿Dónde estuvo la falla? No la busquemos afuera, pues sería una respuesta simplista, de puro reduccionismo, y para autoexculparnos de culpas y responsabilidades que se anidaron y acumularon con el transcurso de los años. Guillermo Rawson, otro eminente hombre de Estado que había acompañado a Bartolomé Mitre en su notable presidencia, señaló con agudeza en el Senado de la Nación:

*“Lo que nos falta, es el experimento de un gobierno honrado, que respete la Constitución hasta en sus más mínimos detalles”* (1875).

Con el juicio sereno que concede la reflexión histórica por encima de los partidismos, es obvio que Rawson dio la clave de bóveda de lo que a la postre sería la puerta de entrada en la decadencia nacional. No es momento de acusar ni de redimir. Sí, en cambio, de análisis y de consecuencias aleccionadoras para tomar en cuenta. Solamente nos atrevemos a exponer la síntesis de una atenta lectura de los hechos (y no de las promesas, slogans y otras jactancias):

Primero: no cambiemos *“adhesiones”* por *“adiciones”* “Debemos estar alertas ante la recurrente tentación de la copia de snobismo latinoamericano (que llega a constitucionalizar el *“derecho a un entierro digno”*, sin precisar quién lo invocará y quién le dará cumplimiento...) o del travestismo liso y llano de institutos europeos (por lo general de países de tradición monárquica o de democracias conversas de reciente data), de los que –a veces– reproducimos los peores modelos de sus experiencias y pasamos por alto las propias críticas que en sus respectivas naciones les han formulado a ciertas innovaciones. Ellos son más sabios: ahora están empeñados en elaborar una Constitución para la Unión Europea ampliada (la Comisión que preside Valery Giscard) que abre un debate institucional apasionante, por lo novedoso y por las alternativas que se ofrecen.

Segundo: no basta con un *“sentimiento”* y una *“conciencia”* constitucionales, que ya impetramos *ut supra* como *conditio sine qua non* para la real vigencia efectiva de un régimen democrático. Hace falta mucho más: el

compromiso del juego limpio (el “*fair play*”), o sea, del sincero acatamiento integral de las instituciones legítimamente constituidas, mediante la continua práctica de la competición leal a través de las “reglas del juego” del sistema establecido.

Tercero: para ello no hace falta deslumbrar al mundo con los últimos alardes de una imaginación calentada por el estímulo de “*ser los mejores y los primeros*”. Basta con un bagaje claro y sencillo, alimentado por ideas sensatas, sin aventurerismos (José Manuel Estrada advertía de los peligros de esas improvisaciones, cuyo elevado costo –ante los fracasos sufridos– deben pagar los pueblos). Estamos en la madurez y no en la adolescencia constitucional: las frondosidades tropicales y los “*catálogos de ilusiones*” han duplicado las palabras del texto constitucional, pero no han servido un ápice para fortalecer e irradiar en gobernantes y gobernados el rico contenido (un yacimiento inagotable) que dimana de las cláusulas enunciatoras de los valores preeminentes.

M) Quizás todo lo antedicho cobre sentido si lo imbricamos en una cosmovisión mayor, o sea, en la distinción entre situaciones y concepciones culturales que chocan y compiten en busca de prevalencias que el espíritu humano –aún hoy– no consigue dominar cabalmente. Permítaseme diferenciar entre:

1. **Culturas:** en el sentido propio del término. Dominio del hombre sobre sus instintos, mediante la razón, la experiencia y el consenso; algo más que la “*civilización*”, que se conforma con el doblegamiento de la naturaleza a través del avance tecnológico y científico (tema muy polémico por cierto, que ya lo anticipara Joaquín V. González).

Me permito señalar que el hombre es una combinación de lo emotivo y de lo racional, de lo instintivo y de lo reflexivo, de sentimientos y de ideas. El problema está en la combinación adecuada. Parecería que en los momentos críticos, en los momentos decisivos, predomina entre nosotros lo irracional. Y la forma que tenemos para invertir la tendencia es eminentemente una vía cultural, en primer lugar.

Y por cultural no me refiero simplemente a la instrucción. Este no es un problema de mera erradicación del analfabetismo; no es un problema que se resuelve exclusivamente con estadísticas. Porque si de estadísticas habláramos, Alemania tenía en 1933 el 0,1 por ciento de analfabetismo, y siete meses después estaban quemando libros de autores judíos en las plazas públicas y

llegaron a niveles de irracionalidad inconcebibles para la humanidad. Por eso quiero rescatar la vieja distinción que han hecho otros pensadores entre civilización y cultura. La civilización consiste en el dominio del hombre sobre la naturaleza, para lo cual el adelanto tecnológico proporciona las grandes herramientas,

Cultura, supone que el individuo esté formado de manera tal como para que su faz racional predomine sobre la irracional. Y los grandes pueblos, humanísticamente hablando, son los pueblos cultos, no los simplemente instruidos o tecnológicamente desarrollados. El problema argentino, en parte, es ese. Es decir, el déficit nuestro es cultural, a nivel general de la población. De todas maneras no es el único, porque como muy bien decía Orgaz, en la historia no hay monismos causales.

2. **Culturas superiores:** no todas tienen el mismo grado de desenvolvimiento, pues en las propias de las sociedades más maduras y auto-exigentes, sobresale un *plus* de refinamiento ético y estético (es casi imposible separar los dos elementos, pues se conllevan y evolucionan recíprocamente, según las enseñanzas históricas más estudiadas).

3. **Subculturas:** que se delatan por un cierto déficit ético o estético (evolución dispareja o disociada), que en algunos casos es defecto de origen, en otros supuestos obedece a distintas velocidades y profundidades de progresión, y, en ciertas patologías responde a penosos procesos patológicos de involución o regresión a estancamiento. Es una situación de parálisis cultural, muchas veces producto de una anemia espiritual de la sociedad enferma.

4. **Contra-culturas o anticulturas:** donde predominan notas “*in crescendo*” de espontaneísmo (el romanticismo literario y artístico ha sido prodigioso, pero el romanticismo ideológico ha causado estragos irreparables) que luego apelan a la fuerza, ya sea para desatar la anarquía, o imponer la tiranía; y otras veces predicán el “nihilismo” o la subversión, alternando con posiciones fundamentalistas opuestas a una sociedad abierta.

Las diferencias son claras: las culturas comparten valores y los defienden a través de su práctica e implementación; las subculturas aceptan valores semejantes o equivalentes, pero con diferencias relativas en su ubicación en la escala axiológica; las contra-culturas imponen coactivamente una escala axiológica invertida absolutamente (todo al revés...); y las anticulturas son procesos aculturales basados en la negociación de los valores (por ejemplo: “*la libertad es un prejuicio burgués*”).

En este marco referencial, pues, debemos concluir que con el paradigma de 1853 (completado en 1860) resulta coherente deducir que una buena y sabia Constitución sólo responde y corresponde a una buena cultura, arraigada en una sociedad sana, aunque sólo “despegue” a partir de sus dirigentes para luego expandirse en el conjunto de los sectores que componen la comunidad. Si Constitución y Cultura se divorcian entre sí, entonces entramos al terreno de la ficción o de la burla a la legitimidad, que es una forma letal de hipocresía social.

Cerramos acá estas meditaciones, que serán juzgadas por los lectores, con la intención de poner sobre el tapete un interrogante a dilucidar en los próximos tiempos, atento a que se aproxima el decenio del cambio constitucional consumado en 1994. Mucho aportaría al esclarecimiento de los argentinos, que sus responsables nos respondieran –con humildad de conciudadanos (no de “correligionarios” ni de “compañeros”)– este interrogante acuñante:

¿Sirvió el cambio para elevar la calidad de vida institucional y política de los habitantes de la Nación Argentina, cuya perplejidad ante la observación de la década transcurrida, les ha hecho nacer en sus conciencias –y en sus voluntades– un acentuado descreimiento y una riesgosa pérdida de confiabilidad, hasta el extremo de convertir en consigna simplificada el reclamo: “*¡Que se vayan todos!*” (los protagonistas).

La tarea grandiosa a emprender partirá de la generación de una nueva e inquebrantable fe en instituciones, antes que en artífices, volcando la capacidad de pensamiento y acción –de los que se sientan llamados por su vocación– a la participación renovadora en todas y cada una de las estructuras de intermediación.

*¡Hete aquí el desafío!*



**Discursos pronunciados por el Señor Decano  
de la UNA y por el Padrino en oportunidad de la  
Colación de la Promoción 2004**

**Cuadro de Honor**

**Análisis de la necesidad de una reforma curricular**

**El Doctorado en Ciencias Jurídicas,  
Sociales y Políticas: Un desafío y un logro**

**Curso de postgrado. Didáctica universitaria**

**La educación emprendedora  
en la universidad**

**Proyecto Educativo Institucional. Año 2006**

**Calendario Académico. Año lectivo 2006**

**Resumen de actividades realizadas  
en el año 2005**

**Dictamen del Instituto de  
Investigaciones de Derecho Público  
y Resoluciones de la Facultad**



**PALABRAS DEL PROF. DR. CARLOS FERNÁNDEZ  
GADEA DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE ASUNCIÓN**

Señor Rector de la Universidad Nacional de Asunción, Prof. Ing. Pedro González;

Señor Vicerrector, Prof. Arq. Amado Franco;

Señores Miembros del Consejo Superior Universitario;

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Prof. Dr. Ramón Yanzi Ferreira;

Señores decanos, invitados;

Profesoras y profesores:

Uno de los acontecimientos más importantes en la vida institucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción representa esta reunión del Claustro Docente, para tratar temas fundamentalmente relativos a planes de estudio y al desarrollo de la enseñanza. Con el fin de que las conclusiones alcanzadas sean elevadas a las autoridades universitarias respectivas, conforme lo establece el estatuto de la universidad para su posterior implementación.

Nuestra facultad representa la tradición por excelencia, y es más, en la formación profesional universitaria del país.

La Escuela de Derecho creada por ley el 12 de junio de 1882 fue un paso positivo hacia la educación superior, en época de reconstrucción y reorganización en la etapa de post-guerra.

El acontecimiento más importante en la vida universitaria ocurre el 24 de setiembre de 1889, donde por decreto del Ejecutivo se crea la Universidad Nacional de Asunción con las carreras de Derecho y de Medicina.

Años después de su creación, se produce uno de los cambios socioculturales más importantes en el contexto histórico del continente americano, cuyo referente emblemático es la reforma de Córdoba. En donde un movimiento hace estremecer los cimientos de las tradiciones universitarias, para modificarlas en su esencia y consagrar los principios rectores como son, sin duda, la autonomía universitaria, la representación estamental, la libertad de cátedra y de enseñanza.

Hoy los paraguayos estamos convencidos de que una nueva reforma se viene generando a nivel subregional en el marco del Mercosur, y es el tema del replanteo curricular y los procesos de autoevaluación y evaluación institucional para acreditación de las carreras.

En tal sentido, venimos trabajando con nuestros pares del Mercosur, en la Asociación de Decanos de Facultades de Derecho del Grupo Montevideo, a fin de realizar los ajustes curriculares y la armonización de contenidos programáticos comunes a los países que integramos el bloque regional.

Creemos que los cambios curriculares iniciados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba en los años 1999-2000, nos servirán, sin dudas, de modelo para iniciar también nosotros ese duro batallar en pos de la excelencia académica.

Asimismo, consideramos muy valiosos los aportes que nos ofrecieron los amigos de la Universidad de Córdoba, que con sus experiencias sobre cambios y ajustes curriculares, puedan brindarnos una gran ayuda, para cuyo efecto hemos solicitado la colaboración del Decano de la Facultad de Derecho, el profesor Ramón Yanzi quien nos ilustrará sobre sus experiencias y para quien anticipadamente solicito de todos los compañeros y compañeras, colegas reunidos en este Claustro, un fuerte aplauso.

En los materiales que hemos suministrado se observa la secuencia de los cambios curriculares que se han desarrollado en la facultad. Se puede colegir que ella obedecía a la necesidad histórica de adecuar las experiencias de la carrera al perfil del profesional requerido en el concepto determinante.

Hoy disponemos de nuevos sistemas legislativos y procesos, en su mayoría orales. Y es ésa la tendencia actual, los juicios penales en totalidad se adecuan a esa modalidad, lo mismo que los juicios laborales por expresa disposición constitucional. Y en esta misma tarea se encuentran abocados hoy los juristas, para hacer que los juicios civiles también sean orales.

Este es uno de los tantos desafíos que nuestra facultad debe asumir, para que podamos elaborar un nuevo perfil del profesional que egresará de nuestra casa de estudio. Eso significa replantear el sistema curricular y las nuevas requisitorias a nuestros profesores.

Este es el desafío que estamos asumiendo ante nuestra sociedad, que siempre confió en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional como forjadora de los mejores profesionales del Derecho y la historia nos avala.

Tenemos igual compromiso con nuestros colegas del Mercosur lo que hemos asumido en fecha 22 de noviembre de 2002, en un compromiso en la V Reunión de Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, conocido como Carta de Asunción, de realizar estos ajustes curriculares y la armonización de sus contenidos programáticos.

En esta misma temática del mejoramiento y actualización académica, se ha sancionado la Ley 2.072/02 de Creación de la Agencia de Evaluación de la Educación Superior, con la finalidad de evaluar, y es su caso, acreditar la calidad de las instituciones de educación superior. Señala la Ley entre las carreras de evaluación externa obligatoria, entre otras, la de Derecho, lo que hace que nuestro compromiso sea el de adecuar nuestros programas, establecer claramente los objetivos y la forma de evaluación.

Estamos convencidos de que una vez hechos los ajustes curriculares y las reglamentaciones correspondientes, estaremos en condiciones de solicitar la evaluación y acreditación a la agencia que contratará a evaluadores externos, para medir nuestra acreditación como certificado de calidad.

Este proceso es el resultado lógico de la autonomía de las universidades, ya que éstas pueden darse a sí mismas, normas y el currículum a desarrollar, sin ningún tipo de interferencias.

La evaluación y acreditación otorgan un certificado de calidad que, con la ayuda y el esfuerzo de todos ustedes, pronto estaremos logrando. Muchas gracias.



## **PALABRAS DEL PROF. DR. JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER EN EL ACTO DE GRADUACIÓN 19/10/2005**

Distinguidos egresados: Me han causado una inocultable emoción al haberme elegido padrino de la Promoción de Abogados 2004 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, que lleva el nombre de *Augusto Roa Bastos*, escritor emblemático del Paraguay, figura intelectual esclarecida y brillante de nuestra patria.

Comprendo que es grande la satisfacción que experimentan al culminar con éxito sus estudios de abogacía. Y es hondo el júbilo porque egresan de una institución más que centenaria entrañablemente ligada al progreso y la expansión de la cultura paraguaya.

Les hablo de los lejanos y honrosos orígenes de la Universidad Nacional y les invito a evocar el primer acto de graduación realizado el 16 de julio de 1893, solemne ocasión en la que el ilustre padrino de los jóvenes egresados, el doctor *Ramón Zubizarreta*, expresó estos elevados conceptos que hoy recojo para invitarles a meditar con tan sabias palabras: “No abandonéis un solo día el estudio. Vais a profesar una de las más difíciles carreras y la que más inmediata influencia suele ejercer en la suerte de los pueblos. Tenéis sólo a vuestra conciencia. Es una responsabilidad enorme. ¡Dios os tiene que pedir cuenta del uso que hagáis de vuestros talentos!... La nación que ha hecho y hace continuos sacrificios por la instrucción de la juventud, es acreedora vuestra, por todo lo que la sociedad tiene derecho de exigirnos en compensación de su sacrificio. Mirad, amigos, seréis ministros de la justicia o los guías del escabroso camino que conduce a ella. Ya os depare la suerte uno u otro destino, no os olvidéis, os suplico, de la primera verdad que aprendisteis al comenzar vuestro estudio, y es la que la práctica del Derecho en que desde hoy quedáis ya con la investidura de sacerdotes, es el camino más recto que puede trazarse desde la razón humana hacia Dios. Por mi parte, hago votos al

cielo para que nunca os separéis de esa verdad; y si así lo hacéis, como lo espero, daréis a este vuestro humilde padrino la más grata de las satisfacciones que puede anhelar en lo que le resta de vida”; y *Cecilio Báez*, el eminente intelectual compatriota, al hablar en nombre de sus compañeros, expresó con nobleza de sentimientos: “Señores catedráticos: sois nuestros acreedores, también lo sois de la patria, cuyos hijos educáis: os debemos la gratitud que el hijo debe al padre, el protegido a su bienhechor. Mucho habéis trabajado en favor de la juventud; estad seguros de que habéis ganado nuestros corazones por el cariño, único galardón que podemos ofrecer por vuestros inapreciables servicios. Si algo valemós, a vosotros os debemos, y estos mismos honores que hoy se nos dispensan, no los recibiríamos sin vuestra indulgencia, pues no los merecemos. ¡Como pagar tamaños beneficios, tan señalados favores! No lo pagaremos nunca; pero, asimismo, no los olvidaremos jamás y nuestra gratitud será eterna hacia vosotros”.

Recordando mi época de estudiante, quiero decirles que yo entiendo que fueron los mejores años de mi vida con intensa dedicación al Derecho que es instrumento de paz y de convivencia. He tenido durante ese tiempo que siempre atesoro en el recuerdo grandes, maestros que supieron estimular mi voluntad de superación. Quiero aquí evocar a todos ellos con su sabiduría y con su humildad en la persona del recordado *Jorge H. Escobar* y de *Ramón Silva Alonso*, que supieron orientar y alentar mi dedicación hacia las disciplinas jurídicas en las que descollaron ampliamente, siendo el continuador de las cátedras en las que procuro estar a la altura de ese honor.

De ellos aprendí a desechar la arrogancia y a preferir la modestia del esfuerzo callado y persistente en las investigaciones jurídicas.

Hoy quiero decirles lo que acostumbro manifestar a los jóvenes abogados, cuando prestan juramento, comprometiéndose a ejercer nuestra nobilísima profesión con rectitud y con decoro. Amen al Derecho, viviéndolo como una constante lucha ante la majestad de la justicia. Cuiden sus acciones en un largo camino que les desafiará con crecientes tentaciones. No sacrifiquen sus principios, sucumbiendo ante la ambición desenfadada del dinero y conserven como la mayor riqueza la dignidad de sus nombres para transmitirles a sus hijos, como el mayor legado moral que ellos sabrán proyectar hacia el futuro con la misma honradez y el mismo decoro.

Sostengan altivamente el pendón de la decencia. Compórtense como seres humanos buenos, noblemente inspirados, abiertos a la tolerancia, la templanza y la comprensión pero indeclinablemente firmes para salvar las con-

vicciones que nacen de saber valorar las virtudes fundamentales y la lealtad sin grietas posibles a la causa del bien común.

Cumplan el imperativo ético de enaltecer a la democracia como ciudadanos responsables, conscientes de sus derechos y también de sus deberes.

Sean custodios del Derecho como base indispensable para la concordia y la defensa de la dignidad humana.

Cada día rindan homenaje a la patria con su insobornable conducta ética, con fe en los ideales por los que lucharon y murieron los valientes demostrando que el patriotismo no se declama, sino que se vive con coraje y autenticidad.

La democracia se engrandece con la pureza del espíritu, que excluye el egoísmo y la mezquindad, rechazando la ambición de adquirir riquezas mal habidas.

Queridos jóvenes: Hoy egresan de esta antigua casa de estudios superiores, que tiene una tradición honrosa y que ha dado al país figuras rutilantes en el campo jurídico, en el vasto ámbito de la cultura y del civismo respetuoso de la ley y siempre leal a las inquietudes y las esperanzas del pueblo paraguayo.

Tengan siempre presentes las enseñanzas de sus profesores que hoy les brindamos los más fervientes augurios.

No olviden que les enseñamos a amar al Derecho, a luchar por su vigencia, a defenderlo con energía en el carácter, porque ésta ciencia es brújula segura para marchar hacia el porvenir en pos de una sociedad más justa, fraterna y humana.

Les exhorto, desde lo más hondo de mi corazón, que luchen siempre por la justicia y que en esa ardua batalla cotidiana piensen que resplandece el blasón del honor bajo el generoso amparo de Dios.

Apreciados egresados: En estos momentos inolvidables que están viviendo con el simbolismo de la ceremonia cumplida en este lugar donde quedara el eco del bullicio juvenil, pleno de optimismo y de esperanza que aquí protagonizaron, quiero recordarles este inflexible postulado ético del aboga-

do, que sintetizó el maestro *Ossorio y Gallardo* con estas claras y profundas palabras: “*Nunca pases por encima de un estado de tu conciencia*”.

Sigan, jóvenes, sanos de alma y de intenciones, este sabio consejo: Nunca pases por encima de un estado de tu conciencia, porque ella representa la moral que no se quiebra ni se rinde ante ninguna circunstancia y porque ella simboliza la justicia por cuya vigencia deben luchar indeclinablemente a fin de que brille para la nación un porvenir de fraternidad y de solidaridad, todo esto con el objeto de que la humana concordia fructifique en excelsos bienes como el amor, la fe y la cultura, grandes valores para el hombre y antorcha inextinguible para la humanidad.

Muchas gracias, queridos egresados, y a triunfar por el camino del mérito y de la honorabilidad, el mejor camino para una conciencia libre y digna.

*Muchas gracias a todos ustedes.*



## CUADRO DE HONOR 2004

Alumnos	Promedio
Bogado C. Rossana	4,95
Montero Zucolillo, José Ma.	4,95
Sánchez Mussi, Adriana	4,90
Monges Romero, Ma. Teresita	4,88
Casco Doria, Hernán Alberto	4,88
Prono Zelaya, Ma. Leticia	4,88
Del Padre Maciel, Liz Del Carmen	4,83
Gwynn Ramírez, Ma. Antonia	4,83
Cano Coscia, María Eugenia	4,81
López Almeida, Ma. Teresa	4,81
Zabrodiec Melgarejo, Tania	4,81
Garelic Um, Christian D.	4,79
Amarilla R., Adela Carolina	4,76
Gonzalo Dávalos, Bruno	4,74
Pérez González, Nathalia	4,71
Carrillo Gómez, Enrique	4,71
De Oliveira Lagoa, S. Maurizio	4,70
Sosa Nicoli, Gonzalo E.	4,70
Sánchez Z., Aurora	4,69
Vega Ketterer, Selva	4,69
Encina Chilavert, Nathalie	4,69
Pedretti Montiel, Guadalupe	4,69
Von Lucken Caballero, Susana	4,69
González Arriola, Marlene	4,67
Bottino Antola, Francisco José Ma.	4,67
Vietto de Huergo, Liliana O.	4,67
Rubín, Jessica Mariela	4,67
García de Zúñiga E., Ma. Luján	4,64
López Ortiz, Ma. Luisa	4,62

Alumnos	Promedio
Silva Cabrera, Ma. Soledad	4,62
Cabrera Velazquez, Lucrecio	4,60
Rodríguez Benítez, Ma. Teresa	4,60
Brizuela E., Santiago J.	4,57
Fleitas Morán, Adriana Gisela	4,57
Mercado González, Fátima del C.	4,57
Portillo, Mónica Mariza	4,67
Colmán Llano, Martín	4,55
López, Horacio Paz	4,55
Fleitas de Trovato, Olga	4,69
Buzo Brítez, Juan Sebastián	4,62
Cuquejo de Monges, Rossmary	4,60
Corina, Juan Carlos	4,52

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
**Universidad Nacional de Asunción**

**NÓMINA DE EGRESADOS**  
**Año 2004**

**CARRERA DE DERECHO**

**Promoción:**  
**“Augusto Roa Bastos”**

Abdo Rojas, Anuar Adolfo	Antonelli Samaniego, Rossana Alice
Acosta Acuña, Gloria Elizabeth	Aquino Bower, María Celsa
Acosta Caballero Caballero, Carlos Omar Alejandro	Aquino Echeguren, Carmen Mercedes
Acosta Insfrán, Arnaldo Manuel	Aquino Velázquez, Antoliano
Acosta Talavera, Gregorio Daniel	Aranda Genes, Víctor Simón
Acuña Pérez, Humberto Manuel	Araujo González, Negri Edgar
Acuña Rojas, Augusto	Arce Pereira, Nicolás
Adorno, Aracelli Elizabet	Arias Navarro, Neide Ismelda
Adorno Mendoza, Nancy Karina	Artecona Landaira, Marcial Dejesus
Aguayo Leiva, Nathalia Solange	Arza Maldonado, Oscar Gustavo
Agüero León, Carlos Alberto	Augsten de Sosa, Alicia Inés
Aguilera Braga, Víctor Hugo	Avalos Agüero, Jenny Genara
Aguilera Galeano, Alcides	Avila Corvalán, María Cecilia
Aguirre Ugarte, Mercedes Carolina	Ayala, Carlos Ignacio
Alcaraz Acevedo, Celia Lucía	Ayala Delgado, Diego Ariel
Alderete, Alberto Gabriel	Ayala Delvalle, Beatriz
Almada Alcaraz, Helen Marión	Ayala Giménez, Liza Janet
Alvarenga Delgado, Francisco	Ayala Núñez, Fredy Manuel
Amarilla Cantero, José Ariel	Ayala Sanabria, Walter Eliodoro
Amarilla Ríos, Líder Santiago	Azud Safuán, Marcela Cristina
Amarilla Rodríguez, Adela Carolina	Balbuena Ruiz Díaz, Iván Andrés
Amarilla Sanabria, Lourdes Mariela	Bareiro Fernández, Rosa Concepción

Barreto de Pappalardo, Rosa Concepción	Cañete Romero, José María
Barrientos Orrego, Hugo Ricardo	Cañiza Rodríguez, María Feliciana
Basualdo Guerreño, María Cecilia	Campos Urbieta, Marcelo
Benítez Aquino, Rogelio María	Candia de Yódice, Elizabeth María Cristina
Benítez Chaparro, Laura Carolina	Candia Hermosa, Claudia Carolina
Benítez Desvars, Diana Elisa	Cano Coscia, María Eugenia
Benítez Domínguez, Jaime José	Cantero Arévalos, Fabiola Elizabeth
Benítez García, Fabiola Janet	Cantero González, Jorge Ariel
Benítez Gómez, Nicolás Alberto	Cardozo Benítez, Raúl Adriano
Benítez Núñez, Santiago Benjamín	Cardozo Brusquetti, María Victoria Juliana
Benítez Olavarrieta, Richard Rolando	Cardozo Knopffelmacher, Griselda Rossell
Benítez Zavala, Jorge Emigdio	Carmona Acosta, Ruth Lorena
Bernal Ayala, Ubaldo Ezequiel	Carrillo Gómez, Enrique José María
Berni Britez, Enrique Javier	Carvalho Bernal, Rodolfo Roberto
Bogado Benítez, Julia Elizabeth	Casco Doria, Hernán Alberto
Bogado Benítez, María Karina	Casco Duarte, Lina Genoveva
Bogado Cantero, Rossana Carolina	Cataldi López, Patricia María
Bogado Oliveira, Salvadora	Centurión Arrúa, Carmen Isabel
Bogarín Alfonso, Raúl Arnaldo	Chaparro Fariña, César Raúl
Bogarín Ramírez, Romelia Isabel	Chávez Álvarez, Ángel Fernando
Bordón Álvarez, Sadi	Chilavert Ibarrola, Carlos Guillermo
Bottino Antola, Francisco José María	Colmán Bogado, Rubén Darío
Brítez Bareiro, Eusebia Ydalia	Colmán Llano, Martín
Brítez Rojas, Roberto Luis	Colmán Maciel, Lourdes Josefina
Britos Caballero, Julia Andrea Concepción	Conrad, Ricardo Ezequiel
Brizuela Etcheverry, Santiago Javier	Corina Orué, Juan Carlos
Brun Ramírez, Linda Gloria	Coronel Cardozo, Lorena Noemí
Brusquetti Jara, María Victoria	Coronel Gamarra, Néstor Fabián
Buzo Britez, Juan Sebastián	Coronel Paredes, Pabla Elizabeth
Caballero, José Ignacio	Corrales Ríos, Ismael
Caballero Barreto, Eduardo Antonio	Correa, Dulce Magdalena
Caballero Gennari, Carlos Sebastián	Correa Boy, Carlos Guillermo
Caballero González, Félix Darío Norberto	Cowan Benítez, Lady Patricia
Cabral Bogado, Julio César	Cristaldo Marecos, María Virginia
Cabrera Añazco, Bella Ramona	Croce Ortiz, Guido Nicolás
Cabrera Velázquez, Lucrecio	Crosa Rivarola, Carla Adriana
Cacace Bobadilla, Marta María Magdalena	Cuba Cano, Luz Belinda
	Cubilla, Cristian Gastón

- Da Rosa Piñanez, Ruth Marlene  
 Dávalos Alfaro, Juan Manuel  
 Dávalos Benítez, Nancy Lilian  
 Dávalos Julián, Berta Fidelina  
 Decoud, Zonia Elizabet  
 De Lacerda Urquhart, Ana María  
 Delgado, Hugo Rolando  
 Dellavedova Cosp, Ignacio Carlos  
 Del Padre Maciel, Liz Del Carmen  
 Del Puerto Moreno, Guillermo  
 Denis de Llano, Graciela  
 De Oliveira Lagoa Sforza, Maurizio  
 Díaz Ayala, Alba Soledad  
 Díaz Ruiz Díaz, María Daisy Celeste  
 Díaz Sánchez, Ranulfo  
 Diesel Marín, César Emilio  
 Doldán Olmedo, Enzo Alejandro  
 Domínguez Florentín, Wilda Michele-  
 la  
 Duarte Gómez, Xenia Elizabeth  
 Duarte González, Luis María  
 Duarte Samaniego, Anselmo  
 Durañona de Girett, Zulma  
 Encina Chilavert, Nathalie Solange  
 Escobar González, Amada  
 Espínola Delgado, Roberto Sixto  
 Espínola Delvalle, Clemente  
 Espínola López, Justina  
 Espínola Zaracho, Simona Beatriz  
 Esquivel Sánchez, Luis Alcibiades  
 Fernández Barreto, Clotilde  
 Fernández Bogado, Matías Orlando  
 Fernández Gómez, Diego Ramón  
 Fernández Ortiz, Fernando Domingo  
 Ferreira Achucarro, Pedro Avilio  
 Ferreira Cáceres, Hugo Fernando  
 Ferreira Castiñeira, Patricia Elizabeth  
 Ferreira Machuca, Ángela Florencia  
 Ferreira Maldonado, Antonia Dalila  
 Figueredo Silva, Zully Concepción  
 Finestra Zaracho, María Laura  
 Flecha Fiore, Claudia Valeria  
 Fleitas de Trovato, Olga Miguella  
 Fleitas Morán, Adriana Gisela  
 Fleitas Solís, Celia Alicia  
 Franco Godoy, Lucas Hernán  
 Franco Ruiz Díaz, María Del Carmen  
 Franco Villalba, Carolina Montserrat  
 Franco Yegros, Ramón Rafael  
 Fretes Ortiz, Marcos Andrés  
 Fuster Careaga, Natalia Beatriz  
 Galarza, Zoraida Raquel  
 Galeano Aquino, Mirta Concepción  
 Galeano Moreno, Enrique Arturo  
 Galeano Ocampos, Carlos Alberto  
 Galeano Ocampos, Nilda Beatriz  
 Galeano Torres, Ana Paola  
 García, Thais  
 García de Reckziegel, Mirtha Eliza-  
 beth  
 García de Zúñiga Campos Ros, Oscar  
 Martín  
 García de Zúñiga Echeguren, María  
 Luján  
 García Peralta, Jorge Antonio  
 García Ramírez, Celso Omar  
 García Torres, Fernando Manuel  
 Garelik Um, Christian David  
 Genes Riquelme, María Magdalena  
 Giménez, Verónica Rocío  
 Giménez de Barrios, María Nela  
 Giménez Ramírez, Karina Edith  
 Giménez Sánchez, Liz Paola  
 Giménez Sánchez, Shirley Diana  
 Godoy Gómez, María Asunción  
 Godoy Servín, Miguel Ángel  
 Gómez Amarilla, Sergio Valentín  
 Gómez Arce, Javier Rodolfo  
 Gómez Cubilla, Oscar José Antonio  
 Gómez Noguera, Lourdes Jazmín  
 María  
 Gómez Roa, Guido Oscar Bernardo

Gómez Roa, Néstor Aurelio  
 González Arriola, Marlene Natalia  
 González Ayala, Fernando Ariel  
 González Caballero, Joaquín Alejandro  
 González Dávalos, Bruno Martín  
 González Dick, Romina  
 González Ferreira, Pedro Ulises  
 González González, Derlis Marcial  
 González Maciel, Nilda Genara  
 González Montiel, Arnildo  
 González Prieto, Edgar Osvaldo  
 González Ríos, Susana Beatriz  
 González Romero, Roberto Carlos  
 González Sosa, Daniel Serafín  
 González Toppi, Fátima Lorena  
 Guggiari Mendoza, José Miguel  
 Guzmán Del Puerto, María Valentina  
 Gwynn Ramírez, María Antonia  
 Hashimoto Amarilla, Kuni Carolina  
 Herebia Valiente, Héctor Hernando  
 Hermosilla Mallada, Isaac Alberto  
 Herreros Ortega, Rodrigo Benigno  
 Hillar, Andrea Carolina  
 Ibáñez Orué, Andrea Patricia  
 Insrán Ibarrola, José Tomás  
 Irala, María Concepción  
 Irala Benítez, Julia  
 Kennedy Gavilán, Augusto  
 Kohn Sánchez, Karen Patricia  
 Larrosa Giubi, Daniel Alfredo Ignacio  
 Leguizamón Mongelós, Daniel Eduardo  
 León Díaz, Yolanda Elizabeth  
 León Ferreira, Martín José  
 León Martínez, Gregorio Ignacio  
 Lezcano Espínola, Pedro Cesar  
 Lezcano Figueredo, Alberto Antonio  
 Logan Gómez Sanjurjo, Grizzie Margaret  
 López Almeida, María Teresa  
 López Cañiza, Leopoldo Maximiliano  
 López Ortiz, María Luisa  
 López Recalde, Marisa  
 López Vera, Tadeo César Luis  
 Lucas Rolón, Osvaldo Gabriel  
 Maldonado, Cinthia Elizabeth  
 Mallorquín Ávila, César Augusto  
 Mallorquín Cabrera, Ángel  
 Marecos Gamarra, Adriana Raquel  
 Marecos González, Hugo Manuel  
 Mariño Rodas, Eulogio Antonio  
 Márquez Espínola, Mónica Marlene  
 Martínez Aquino, Ramón  
 Martínez Batista, Miguel Ángel  
 Martínez Benítez, Shirley Soledad  
 Martínez Escobar, Fernando Manuel  
 Martínez Fleitas, Hugo Ramón  
 Martínez Fleitas, Jorge Luis  
 Martínez Hermosa, Luz María Antonia  
 Martínez Ibarra, Orlando Agustín  
 Martínez Orué, Osvaldo Alberto  
 Martínez Saldívar, Oscar Reinaldo  
 Martínez Villagra, Mirna Mabel  
 Martínez Villasboa, Claudia Carolina  
 Mayor González, Hernán Arturo  
 Medina Herebia, Johan Virgilio  
 Melgarejo Giménez, Mario Amelio  
 Méndez Benítez, José Luis  
 Méndez Ocampos, Ramón Adriano  
 Mendieta Samudio, Héctor Javier  
 Mendoza Cuevas, Edgar René  
 Mendoza Herebia, Silvio Felipe  
 Mercado González, Fátima Del Carmen  
 Meza, Ruperto Daniel  
 Meza Saldivar, Ángel David  
 Miranda Barrios, Silvio Gustavo  
 Molinas Toledo, Blanca Concepción

- Monges Romero, María Teresita  
 Montaña Sotelo, Rosarito Soledad  
 Montero Maciel, Carlos Augusto  
 Montero Zuccolillo, José María  
 Montiel Arias, Liz Nathalia  
 Montiel Olmedo, Jacinto Omar  
 Monzón de Martínez, María Concepción  
 Morel Ocampos, Hugo Rolando  
 Moreno Figueredo, Raúl Fernando  
 Moreno Servín, Selmar Rodrigo  
 Morys Insfrán, Claudia Graciela  
 Mujica Colman, Alexis Daniel  
 Mujica Colman, Marian Alicia  
 Mujica Díaz, Alma Lourdes Paola  
 Nogués Vargas, Raúl José Augusto  
 Núñez, Modesto  
 Núñez Albertini, Graciela Irene  
 Núñez Duarte, Alicia Inés  
 Núñez Jordan, Osvaldo Arsenio  
 Ocampos López, Cristhian David  
 Oddone Paredes, Adolfo  
 Ojeda, Jorge Andrés Antonio  
 Olazar Cabañas, Wilfrido  
 Olmedo Godoy, Lourdes Ramona  
 Orquiola Rotela, Claudia Inés  
 Ortega Gwynn, Sara Carolina  
 Ortellado Bogado, Nathalia Azucena  
 Ortellado Esteche, Lilian Rosalba  
 Ortiz Gómez, Carlos Rodrigo  
 Ortiz Ocampos, Liz Concepción  
 Orué Melgarejo, Lilian Rossana  
 Osorio Cardozo, Edgar Osmar Darío  
 Osorio de Narváez, Olga Beatriz  
 Ovando Coronel, Diego Daniel  
 Ozuna Samudio, Mauricio Javier  
 Páez Acosta, Sonia Claret  
 Paiva, Rodrigo Javier  
 Paredes Ayala, María Elena  
 Paredes Cabriza, Miguel  
 Paredes de Romero, Mirta Irene  
 Paredes Leguizamón, Vanessa Carolina  
 Paz López, Horacio Raúl  
 Peña Yegros, Marlene Mariel  
 Pedretti Montiel, Guadalupe María  
 Penayo Alfonso, Cynthia Mabel  
 Penayo Silguero, Miguel Andrés  
 Peralta Duarte, Marta Concepción  
 Peralta Valiente, Derlis Javier  
 Pereira, Francisca  
 Pérez Báez, Patricia Noemí  
 Pérez González, Natalia María  
 Pérez Mongelós, Silvia Liliana  
 Pérez Mongeloz, Lidia  
 Pérez Trinidad, Pamela  
 Perrotta Bassani, Mariana  
 Pineda Pintos, Derlis Agustín  
 Piris Auada, Liliana  
 Portillo, Mónica Mariza  
 Portillo Arguello, Néstor Javier  
 Prono Zelaya, María Leticia Montserrat  
 Pucciarelli de Aguilera, María De Lourdes  
 Quintana Larrea, Miguel Antonio  
 Raichakowski González, Hernando Esteban  
 Ramírez Benítez, Carolina  
 Ramírez de Cáceres, Alba Rossana  
 Ramírez Rodríguez, Ana  
 Ramírez Segovia, Carolina Raquel  
 Recalde Escobar, Rossana Haidee  
 Redondo Sánchez, Vania Teresa  
 Retamozo Martínez, Emilce Soledad  
 Rivarola Paredes, María Elisa  
 Riveros Groselle, Noel Javier  
 Riveros Rodríguez, Erika Graciana  
 Riveros Salcedo, Claudio Vidal  
 Roa Acosta, Cristina Armine  
 Rode, Miriam Andrea  
 Rodríguez Alfonso, Vicente Daniel

Rodríguez Benítez, María Teresa	Sosa Caballero, Arturo Javier
Rodríguez Martínez, Víctor Andrés	Sosa Nicoli, Gonzalo Esteban
Rodríguez Quiñónez, Myrian Graciela	Stanley Zarza, Christian Andrés David
Rodríguez Quiñónez, Ricardo Teresio	Stockel Duarte, Laura Mabel
Rojas, Fátima Soledad	Thomen Olazar, Norma Graciela
Rojas, Osvaldo Valerio	Torres de Ferrer, Yolanda Esmelda
Rojas de Troche, Claudia Leonor	Torres González, Cinthia Mariela
Rojas Dos Santos, David Federico	Valdez Alcaraz, Omar Gustavo
Rojas Mesquita, Carmen Edith	Valdez Alonso, Víctor Ramón
Rojas Vera, Luis Alberto	Valiente Martínez, Carlos Darío
Rolón Dávalos, Ramón Aparicio	Valiente Valiente, Rene Carlos
Rolón Dávalos, Sonia Elizabeth	Valiente Vera, Amanda Sofia
Román de Colmán, Analy Graciela	Valle Gómez, Francisco José
Romero Dávalos, Alicia De Jesús	Vargas Adlan, Claudia Angelina
Romero Fariña, Elida Margarita	Vázquez Salinas, Liza Nathalia
Romero Pérez, Alberto Daniel	Vázquez Vera, Claudia Noelia
Rondan Maymi, Dolly Mabel	Vega Benítez, Dominga Emelda
Rotela Alfonso, Carlos Vicente	Vega Ketterer, Selva Beatriz
Rovira Gaona, Eugenio Javier	Vera Báez, Benjamín Beltrán
Royg Aranda, Juan Pablo	Vera Román, José Daniel
Rozzano Klekoc, Jorge David	Verdún Torres, Rosa María
Rubín, Jesica Mariela	Vergara Godoy, Sandra Vanessa
Ruiz Díaz Cammpiz, Ever Hugo	Vielman Varela, Edgar Daniel
Ruiz Díaz Marecos, José Rafael	Vietto de Huergo, Liliana Ofelia
Ruiz Díaz Romero, Nathalia Cristeta	Villalba de Giménez, Olga Raquela
Samaniego Trnka, Vanesa Yennifer	Villalba Pereira, Armando
Sánchez, Diego Carlos	Villalba Silva, Juan Efrén
Sánchez Cáceres, Graciela	Villamayor Ayala, Carlos Fernando
Sánchez Cardozo, Alba Liliana	Villarreal Morínigo, Sebastián
Sánchez Domínguez, Carlos Manuel	Viveros Garcete, Gustavo Javier
Sánchez Fernández, Juana Carina	Von Lucken Caballero, Susana Marlene
Sánchez Mussi, Adriana	Yegros Benítez, Antonio Aníbal
Sánchez Zaracho, Aurora Catalina	Yegros de Carvallo, Carmen Adela Elizabeth
Sanguina Arguello, Víctor Hugo	Yelsi Gavilán, Víctor Arsenio
Servín Mayeregger, Rossana Elisa	Ynsfrán Álvarez, Cayetano María
Silva Cabrera, María Soledad	Zabrodiec Melgarejo, Tania María
Silva Monges, Víctor	Zamphirópolos Salinas, Lorena Esther
Silva Sánchez, José María	
Simón Flecha, Andrés Gustavo	
Sosa Benítez, Néstor Arsenio	

Zárate Aguilera, Hagen Conrado  
 Zárate Lovera, Néstor  
 Zárate Rojas, Ariela Edith

Zenteno Franco, Mirna Virginia  
 Zucchini Almirón, Giovanni Ramón  
 Zuccolillo Pappalardo, Natalia María

## CARRERA DE NOTARIADO

Acosta Colmán, María Cristina  
 Agüero Ayala, Hugo Antonio  
 Aguilera Villasanti, Miriam Celeste  
 Alarcón Safstrand, Virginia Mercedes  
 Alcaraz Herebia, Liz Natalia  
 Alegre González, Víctor Hugo  
 Alonso, Blanca Fátima  
 Alvarenga Portillo, Marianela Soledad  
 Álvarez Alcaraz, Marga Ivis  
 Álvarez Núñez, Nathalie Rosalin  
 Amarilla Rodríguez, Robert Nicolás  
 Barrientos Pfannl, Diego Miguel  
 Benítez Andino, Gloria Beatriz  
 Bóveda Rojas, Lilian Eliza  
 Brambilla Arestivo, Rodrigo Francisco  
 Bravard Moreno, Miguelangel  
 Caballero Barreto, Eduardo Antonio  
 Caballero Díaz, Yenilda  
 Caballero Garcete, Néstor Raúl  
 Cáceres Sosa, Justina Elizabeth  
 Centurión Villalba, Luis María  
 Chamorro Valinotti, Synthia Marlene  
 Cogliolo de Servín, Nancy Graciela  
 Colmán Escobar, María Gladys  
 Coronel Pérez, Lira Larissa  
 Cristaldo Quiñónez, Marco Antonio  
 Cuevas Martínez, Nilda Elizabeth  
 Dapello Chávez, Fabiola María Del  
 Carmen  
 Dávalos Lezcano, Graciela  
 Dávalos Salomón, Benjamín Eduardo  
 Delgado Sena, Nancy Beatriz  
 Dinatale Cogliolo, Pamela  
 Dure Cardozo, Natalia Elizabeth

Echague de Cáceres, Rosángela  
 Escobar Bravo, María Eugenia  
 Escobar Portillo, Gladys  
 Fernández de Nestosa, Rodrigo  
 Fernández Paredes, Mónica Haydee  
 Ferreira Duarte, Valeriana  
 Figueredo Sotelo, Verónica  
 Fleitas Benítez, Luz Rocío  
 Frachi Vargas, María Leticia  
 Galeano Bogado, Hernán Ricardo  
 Galeano Ramírez, Rossana María Alicia  
 Gamarra Acosta, Dora Benita  
 Gaona López, Gabriela  
 García Palacios, Ana Cristina  
 Gauto Báez, Noelia María  
 Genes Rivas, María Elena  
 Giménez Cáceres, José Miguel  
 Giubi Colmán, María Mercedes  
 Gómez, Celia Concepción  
 Gómez Fretes, Karina Fabiola  
 Gómez Morassi, Diego Martín  
 González Aquino, Lourdes Miguela  
 Hellmers Abente, María Laura  
 Insfrán Irala, Gustavo Alfredo  
 Jara Del Valle, Cynthia Carolina  
 Junco Villasanti, Carolina Clotilde  
 Kanazawa Umeyama, Miri Mirian  
 Laterza de Los Ríos, Eduardo Belisario  
 Lebrón Paredes, Carolina Gabriela  
 Ledesma Figueredo, Lorena María Ester  
 Ledesma Jara, Lilian Lorena  
 Legal Balmaceda, Liza Paola  
 Lezcano Fernández, Carlos Alberto  
 Lial Espinoza, Artemio Rubén

Marecos Cáceres, Clara Alice	Rebollo, Karina Elizabeth
Marín Rodríguez, Darío René	Ríos Borba, Tecla Noemí
Martínez, Nathalia Mariel	Ríos de Rojas, Nathalia Lorena
Martínez Villalba, Raúl Mariano	Rivas Cuevas, Maricel
Méndez Espínola, Carlos Antonio	Rivas Vera, Karen Elizabeth
Mendoza, Valeria Giselle	Rojas Meza, Claudia Mercedes
Mendoza Balmaceda, Violeta Deyanira	Rojas Mora, Graciela Silveria
Mendoza de Cardozo, Mónica Celeste	Rolón Zarza, Sonia Concepción
Mendoza García, María Inés De La Paz	Romero Sosa, Juan Carlos
Morínigo Benítez, Lorena Raquel	Rotela Miranda, Stella Maris
Morínigo Fresco, Carlos Federico	Ruiz Díaz Ayala, Liliana Concepción
Niella Campos, Ana María	Ruiz Ferreira, Pedro
Niz Carballo, Maribel Fabiana	Sales Duarte, Héctor José
Núñez Larrea, Marlene Carolina	Salomón Zaracho, Epifanio
Ortiz Añazco, Mirian Carolina	Sanabria Galeano, Antonia Corina
Ortiz García, Zully Concepción	Sánchez León, Blanca Estela
Orué Fernández, José Nicolás	Scarone Casco, Julio Ernesto
Palumbo Arambulo, Gizela María	Spaini Ramírez, María Laura
Paredes González, Norma Rocío	Torres Morel, Edith Victoria
Paredes Recalde, Oscar Luciano	Torres Núñez, Francisco Gabriel
Pedrozo Berni, Alicia Verónica María	Torres Prette, María Cristina De Jesús
Peralta Rodríguez, Christian Ramón	Vallejos Mendoza, Alexis María
Pereira, Rocío Celeste	Velilla Fernández, Adrián Alberto
Pineda Fretes, Juan Marcelo	Vera Arriola, Pedro Benjamín
Quintana Da Silva, Jenny Rossana	Verón Arce, Emilia Carolina
Quintana Viñales, Emerson Daniel	Villalba Vargas, Elida Salvadora
Ramírez Torales, Shirley Nuar	Villasanti López, Marcela Beatriz
Ramírez Voelker, Michelle Sofía	Zabolotni Biruk, Susana Elizabet

### FILIAL SAN JUAN BAUTISTA – MISIONES

Amarilla Rodas, María Estela	González Alegre, Gabriela Ignacia
Alvarenga Rodríguez, Carlos Miguel	Isasi Cortázar, Walter Marcelino
Aquino Portillo, César Luis María	Lezcano Sotomayor, Ana Soledad
Caballero Ramírez, Derlis Augusto	Medina Vázquez, Hugo Gilberto
Cabrera Quintana, Juan Bautista	Páez Grance, María Gabriela
Duarte Cabaña, Ricardo David	Ríos Villalba, Pablo
Fariña de Céspedes, Yolanda Idalina	Rojas Zárate, Felicia Elisea
Galeano Ramírez, Luz Mabel	Ruiz Rolón, Rosalba Rosalina
García González, Ever Ariel	Vera Martínez, Mateo David
Giménez Vera, Elfidia Augusta	Viveros Miers, Yony Javier

**FILIAL PEDRO JUAN CABALLERO**

Alcaraz Servián, Emilia  
 Almada Cáceres, Mirta Beatriz  
 Balbuena Sánchez, Roger Balbi  
 Benítez Noguera, Pedro Baudelio  
 Cáceres Carrillo, Rocío Romelia  
 Cano Vargas, Marcela Magdalena  
 Cristaldo Benítez, Nancy Ester  
 D' Ecclessis Zorrila, Cresencio Agustín  
 Eguzquiza Irún, Ariel  
 Encina Placencia, Olga Estela  
 Fernández Núñez, Neusa Marilín  
 Garay Ecurra, Hugo César  
 García Burgos, Ariel  
 González Brun, Nathalie  
 Hermosilla Núñez, Claudia Esther  
 Loureiro Martínez, Claudio Marcelo

Mora Domínguez, Juan Benjamín  
 Moreira Aguayo, Adrián Arturo  
 Moreira, Sergio Antonio  
 Oviedo Matto, Jorge Antonio  
 Paranderi Román, Ronal Augusto  
 Portilho Da Silva, Valter  
 Renna Casco, Diego Marcelo  
 Rojas Lo Giudice, René Domingo  
 Saldívar Servián, Carlos Alberto  
 Sosa Bernal Letiscia Marielli  
 Souza Espínola, Eliana  
 Torres de Domínguez, Rosa María  
 Vázquez Vázquez, Laura Gricely  
 Vera Galeano, Fabio Roberto  
 Villalba Villalba, Cintia Claudia  
 Zayas Galeano, Christian Daniel

**FILIAL CORONEL OVIEDO**

Aquino Gorostiaga, Edwar Rommei  
 Aranda Gómez, Perla Rocío  
 Aranda Vázquez, Julio Fernando  
 Bogado Bareiro, Luis Fernando  
 Britez López, Carlile  
 Cáceres Ranoni, Pedro Antolín  
 Cano Riveros, Gloria Elizabeth  
 Centurión Ledesma, Mariza  
 Díaz Ruiz Díaz, María Daisy Celeste  
 Escobar Rodríguez, Nilson Osmar  
 Estigarribia Monges, Mario Osvaldo  
 Ferreira Nuberger, Olga Alicia  
 Fleitas Aquino, Norma Mabel  
 Florentín Benítez, Julio Antonio  
 Florentín Maldonado, Gustavo Adolfo  
 Gaona Osorio, Rol Ando Benito  
 García Jara, Noelia Victoria  
 Gavilán Maidana, Gerardo  
 Gómez Mendoza, Elga Fabiola  
 González de Gavilán, Corina Elizabeth  
 Guillén Velázquez, Ramón Mateo

Martínez Palacios, Rafael Leonardo  
 Mendoza de Gauto, Andresa  
 Mendoza Rivas, Alma Liliana  
 Murray González, Gustavo  
 Orquiola Rotela, Claudia Inés  
 Portillo Romero, Luis Rolando  
 Ramírez Ávila, Alicia María Cristina  
 Rolón Recalde, Liliana Carolina  
 Romero Estigarribia, Marcos Antonio  
 Ruiz Díaz Morán, Verónica  
 Sánchez Cardozo, Alba Liliana  
 Segovia Barrios, David Esteban  
 Siani Deleón, Francia María  
 Morales Rojas, Héctor Rubén  
 Torres Ávalos, César Ramón  
 Valdez Coronel, Christian Osvaldo  
 Valdez Coronel, Eradio Javier  
 Varela Cardozo, Mario Alberto  
 Varela Cardozo, Zulmy Beatriz  
 Vega Benítez, Fátima Beatriz  
 Vergara Cabral, Fermín Daniel.

## **ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA CURRICULAR**

**Por Luis Fernando Sosa Centurión**

A partir del V Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo (MERCOSUR), se ha generado un documento para el análisis de compatibilidades entre planes de estudio de la Carrera de abogacía. La estructura de los planes de estudios ha definido dos grandes vertientes: *El Derecho Público* y *el Derecho Privado*. Y, a partir de ahí se han caracterizado las asignaturas que comprenden la formación sustantiva y de procedimiento curricular, en el nuevo diseño.

Que, conforme a dicha directiva se estaría implementando como proyecto un nuevo diseño educacional, que por norte tiene fortalecer las relaciones entre las instituciones de educación superior, del MERCOSUR, y su control social, económico, cultural, político, o científico. Desde este punto de vista se trata de una construcción compleja que implica mucho más que la llamada flexibilidad curricular por correlatividad (entendida esta última como diversidad en la oferta de cursos, y autonomía de opción educativa.

Así la República del Paraguay en su condición de signatario de la declaración del milenio (ODM/ONU) asumió los objetivos y metas del (plan de crecimiento económico con equidad, y de estrategias de lucha contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social, año 2004).

### **Declaraciones de organismos internacionales (UNESCO)**

Partiendo de las tendencias identificadas en el documento de la política para el cambio y el desarrollo en la educación superior publicado por la UNESCO en 1995, y de los estudios, debates y reflexiones realizados desde entonces en la región sobre este documento, se tiene que han recomendado fortale-

cer la equidad, la calidad, la pertinencia y la internalización en el campo de la educación superior.

Orienta los programas de educación superior de la organización hacia tres objetivos: ampliar el acceso, la permanencia y las posibilidades de éxito, sin discriminación alguna, a los sistemas de enseñanza superior, mejorar su gestión y fortalecer sus vínculos con el mundo del trabajo; y contribuir a la construcción de la paz impulsando un desarrollo fundado en la justicia, la equidad, la solidaridad y la libertad.

Se sostiene que las universidades de los países en desarrollo tienen la obligación de realizar una investigación que pueda contribuir a solucionar los problemas más graves de dichos países dado que “les corresponde proponer nuevos enfoques para el desarrollo que les permitan construir un futuro mejor de forma efectiva”.

Se advierte que sin instrucciones de educación superior, y la especializada en universidades con investigación adecuada, los países en desarrollo no pueden esperar apropiarse y aplicar los descubrimientos más recientes, y, menos todavía, aportar sus propias contribuciones al desarrollo y a la reducción de la brecha que separa estos países de los países industrializados.

Que la educación en general, y la superior en particular, son instrumentos esenciales para enfrentar exitosamente los desafíos del mundo moderno y para formar ciudadanos capaces de construir una sociedad más justa y abierta, basada en la solidaridad, el respeto de los Derechos Humanos y el uso compartido del conocimiento y la información. La educación superior constituye, al mismo tiempo, un elemento insustituible para el desarrollo social, la producción el crecimiento económico, el fortalecimiento de la identidad cultural, el mantenimiento de la cohesión social, la lucha contra la pobreza y la promoción de la cultura de paz.

El conocimiento es un bien social que solo puede ser generado, transmitido, criticado y recreado, en beneficio de la sociedad, en instituciones plurales y libres, que gocen de plena autonomía y libertad académica, pero que posean una profunda conciencia de su responsabilidad y una indeclinable voluntad de servicio en la búsqueda de soluciones a las demandas, necesidades y carencias de la sociedad, a la que deben rendir cuentas como condición necesaria para el pleno ejercicio de la autonomía. La educación superior podrá cumplir tan importante misión en la medida en que se exija así misma la

máxima calidad, para lo cual la evaluación continua y permanente es un valioso instrumento.

La educación superior debe fortalecer su capacidad de análisis crítico de anticipación y de visión prospectiva, para elaborar propuestas alternativas de desarrollo y para enfrentar, con un horizonte de largo plazo, las problemáticas emergentes de una realidad en continua y rápida transformación.

Las instituciones de educación superior deben adoptar estructuras organizativas y estrategias educativas que les confieren un alto grado de agilidad y flexibilidad, así como la rapidez de respuesta y anticipación necesarias para encarar creativa y eficientemente un devenir incierto.

Han de posibilitar el intercambio de estudiantes entre instituciones y, en estas, entre las diferentes carreras, e incorporar, sin demora, el paradigma de la educación permanente. Tienen que transformarse en centros aptos para facilitar la actualización, el reentrenamiento y la reconversión de profesionales, y ofrecer sólida formación en las disciplinas fundamentales junto con una amplia diversificación de programas y estudios, diplomas intermedios y puentes entre los cursos y las asignaturas. Así mismo, deben procurar que las tareas de extensión y difusión sean parte importante de su quehacer académico.

La naturaleza del conocimiento contemporáneo, con su constante renovación y su vertiginoso incremento concuerda con el concepto actual de educación permanente. Esta debe ser un complemento indisoluble de los estudios conducentes a grados y títulos, brindados a los graduados oportunidades de actualización y adaptación a realidades cambiantes y difícilmente previsibles. La educación permanente debe hacer posible, además, que cualquier persona, en cualquier etapa de su vida, pueda regresar a las aulas encontrando siempre en ellas la oportunidad de reincorporarse a la vida académica y alcanzar nuevos niveles de formación profesional, dado que, mas allá del credencialismo, la competencia adquirida posee un valor en sí misma.

La educación superior necesita introducir métodos pedagógicos basados en el aprendizaje para formar graduados que aprendan a aprender y a emprender, de suerte que sean capaces de generar sus propios empleos e incluso crear entidades productivas que contribuyan a abatir el flagelo del desempleo. Es necesario promover el espíritu de indagación, de manera que el estudiante este dotado de las herramientas que le permitan la búsqueda sistemática y permanente del conocimiento; lo cual implica la revisión de los mé-

todos pedagógicos vigentes, trasladando el énfasis puesto actualmente en la transmisión del conocimiento hacia el proceso de su generación. Desde este modo los alumnos adquirirán los instrumentos para aprender a aprender, a conocer, a convivir y a ser.

En una sociedad cambiante es necesaria una formación integral, general y profesional, que propicie el desarrollo de la persona como un todo y fortalezca su crecimiento personal, su autonomía, su socialización y la capacidad de convertir en valores los bienes que la perfeccionan.

Un sistema de educación superior solo puede desempeñar cabalmente su misión y erigirse en elemento social provechoso si una parte del personal docente y de sus instituciones de acuerdo con los objetivos particulares de la institución, sus capacidades docentes y sus recursos materiales realizan también actividades de creación intelectual (científica, técnica y humanística).

Resulta imperioso introducir en los sistemas de educación superior de la región una sólida cultura informática. La combinación adecuada de programas de información y comunicación replantea la necesidad de actualizar las prácticas pedagógicas en el ámbito universitario. Además, sus integrantes necesitan participar en las grandes redes académicas, acceder al intercambio con todas las instituciones relacionadas, e incrementar la apertura y las interacciones con la comunidad académica internacional. Las instituciones de educación superior deberán asumir, al mismo tiempo, como tarea fundamental, la preservación y el fortalecimiento de la identidad cultural de la región, de modo tal que la apertura antes citada no ponga en peligro los valores culturales propios de la América Latina y el Caribe.

Los retos del fin de siglo han impuesto a la educación superior universitaria de nuestra región el desafío de participar decididamente en el mejoramiento cualitativo de todos los niveles del sistema educativo. Sus aportes más concretos pueden darse a través de la formación de docentes, la transformación de los alumnos en agentes activos de su propia formación; la promoción de la investigación socio-educativa respecto a problemas tales como la deserción temprana y la repetición; y su contribución a la elaboración de políticas de Estado en el campo educativo. Toda política de educación superior debe ser comprehensiva, abordando y considerando todos los componentes del sistema educativo. En particular teniendo en cuenta la perspectiva de una "educación para todos" como lo propusiera la Conferencia de Jomtien (Tailandia 1990), a escala mundial, y el proyecto principal de educación para América Latina y el Caribe, a nivel regional.

Las instituciones de educación superior de la región deben generar en sus graduados la conciencia de pertenecer a la comunidad de naciones de América Latina y el Caribe, promoviendo los procesos que conduzcan a la investigación regional, y situando la integración cultural y educativa como bases de la integración política y económica, frente a la formación de nuevos espacios económicos en el actual contexto globalización y regionalización. Las instituciones de educación superior deben asumir el estudio de la integración latinoamericana en sus aspectos económicos, sociales, culturales, ecológicos, políticos, etc., como tarea fundamental, con un tratamiento interdisciplinario de los problemas.

Apoyándose en el convenio regional y la recomendación internacional sobre la convalidación de estudios, títulos y diplomas, se debe estimular la movilidad académica y profesional con el fin de favorecer el proceso de integración económica, educativa, política y cultural de la región.

La transferencia y el intercambio de experiencias entre instituciones de educación superior universitaria son imprescindibles para promover el saber y favorecer su aplicación al desarrollo. La cooperación ínter universitaria puede ser facilitada por el progreso constante de las tecnologías de la información y de la comunicación, y resultar fortalecida por los actuales procesos de integración económica y política, así como por la creciente necesidad de entendimiento intercultural.

La expansión considerable de diversos tipos de redes informáticas y otros mecanismos de enlace entre instituciones, profesores y estudiantes, en un momento en que ninguna institución puede pretender dominar todas las áreas del saber, es fundamental para la búsqueda colectiva de equidad, calidad y pertinencia para la educación superior.

El apoyo público a la educación superior sigue siendo indispensable. Los desafíos que enfrenta la educación superior constituyen retos para toda la sociedad, incluyendo a los gobiernos, el sector productivo, el mundo del trabajo, la sociedad civil organizada, las asociaciones académicas, lo mismo que a las organizaciones regionales e internacionales responsables de programas de formación, investigación, desarrollo o financiamiento.

Por lo antedicho, todos los actores sociales deben sumar sus esfuerzos y movilizarse para impulsar el proceso de profundas transformaciones de la educación superior, apoyándose en el establecimiento de un nuevo “consenso social” que coloque a las instituciones de educación superior en una mejor

posición para responder a las necesidades presentes y futuras del desarrollo humano sostenible, aspiración que, en lo inmediato, comenzaría a concretarse mediante la ejecución del plan de acción gestado en esta conferencia.

### **En el ámbito nacional debemos guiar nuestra tarea, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, a partir de lo dispuesto en el artículo 79 de la Constitución Nacional**

**Artículo 79.** De las universidades e institutos superiores. *“La finalidad principal de las universidades y de los institutos superiores será la formación profesional superior, la investigación científica y la tecnológica, así como la extensión universitaria”*

*“Las universidades son autónomas. Establecerán sus estatutos y formas de gobierno y elaborarán sus planes de estudio de acuerdo con la política educativa y los planes de desarrollo nacional. Se garantiza la libertad de enseñanza y la de cátedra. Las universidades, tanto públicas como privadas, serán creadas por ley, la cual determinará las profesiones que necesiten títulos universitarios para su ejercicio”.*

#### **Finalidad principal**

Encontramos que por la norma constitucional las universidades tienen tres funciones fundamentales:

- a. La formación profesional superior.
- b. La investigación científica.
- c. La tecnológica y finalmente una cuarta que es la que le da una naturaleza especial cual es la extensión universitaria.

Debe recordarse también que estas normas valen tanto para las llamadas propiamente universidades, así como también los institutos superiores que tienen la misma equivalencia por lo que no pueden descuidarse y con esta denominación proceder a dictar cualquier curso.

La segunda finalidad esta dada en la “formación profesional superior” lo que a nuestro entender significa que cada facultad o instituto debe tener sus propias actividades, sus propios planes de estudios y sus propios docen-

tes, de tal suerte que esta independencia le lleve a rivalizar sobre cualquier tema de interés nacional, con lo cual se obtendrá la solución mejor en bien del país.

Al hablarse de la formación profesional se está justificando los planes de estudio perfectamente delineados haciendo que cada Universidad centre sus estudios en temas bien concretos mediante programas selectivamente analizados, y no, como es ahora con normas repetitivas en cada programa.

Creemos que la formación profesional es seguramente el título más distintivo que honrará al país a los egresados de una universidad nueva, en el que habrá de existir nuevas autoridades y se seguirá con la clasificación de profesores, complementados en su caso, por exposiciones reducidas de temas pendientes en la consideración nacional.

Podrá creerse que esto significa invadir campo parlamentario, pero no es así porque a las autoridades legislativas le corresponde fundamentalmente la facultad de decidir y a las universidades la de razonar buscando que el país encuentre la solución justa y adecuada para cualquier problema.

Tampoco debe olvidarse la finalidad enunciada en tercer lugar como la investigación científica, a la que se agrega la tecnológica que a nuestro entender deben ser considerados en dos campos distintos:

a.- La investigación científica gobernada por la materia que compone la ciencia determinada en estudio o en examen, reservando a la investigación tecnológica la parte decisiva de la ejecución de lo aconsejado por la parte científica.

Para completar el examen de la primera parte del art. 79 de la Constitución tenemos que referirnos a la llamada “extensión universitaria” que es seguramente el aspecto menos conocido de la actual universidad paraguaya, por cuanto muy pocas son las actividades amparadas por la universidad las predican fuera del recinto en las que se brindan los conocimientos.

A nuestro entender la extensión universitaria significa llevar al pueblo las novedades, las curiosidades y los adelantos positivos que la universidad aporta en cualesquiera de los campos en los cuales desarrolla su misión, así sea el derecho, la medicina, la veterinaria, la arquitectura, la odontología, ingeniería, economía, filosofía y las nuevas disciplinas como el marketing, la informática (internet) y la inserción laboral.

El artículo 79 no tiene desperdicio en su segunda parte porque declara que las universidades son autónomas, lo que indica, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española que es la “potestad que se puede gozar para regir intereses peculiares mediante normas y órganos de gobierno propio”.

Nuestra Constitución señala que justamente estos “Estatutos” y las “formas de gobierno” deben ser elaborados conjuntamente con la política educativa y los planes de desarrollo nacional.

Hay dos caracterizaciones importantísimas de las universidades, que son creadas por ley “tanto aquellas que quedarán directamente a cargo del Estado como públicas así como también las privadas”.

Culmina el artículo 79 expresando otra obligación de la universidad, la de “determinar” las profesiones que necesiten títulos universitarios para su ejercicio.

A la relación normativa analizada debe agregarse la exigencia de la Ley N° 2072/05 sobre la necesidad de integrar el registro nacional de pares evaluadores, y por lo que se exige a las áreas de ciencias humanísticas y sociales en concordancia con el estatuto de la universidad nacional de Asunción vigente, conforme al acta N° 4 (A.S. N° 4/12/08/2005 - Resolución N° 13-002005) y resoluciones del Consejo Superior Universitario, como del Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción.



## **EL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y POLÍTICAS: UN DESAFÍO Y UN LOGRO**

**Por Stella Samaniego de Centurión (\*)**

Desde el día que asumimos el compromiso académico de nivel superior en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, no hemos cesado en la tarea de ver cumplidos los objetivos que a través de los docentes del Doctorado trazamos como ejes fundamentales del desarrollo de dicho curso.

Ardua ha sido la lucha por salvar los obstáculos que siempre existen en toda difícil y compleja tarea que se inicia.

Pero nuestra facultad, el Decanato, el Honorable Consejo Directivo, la Dirección General de Postgrado y la Dirección del Doctorado tenían una gran deuda con los abogados egresados de esta casa de estudios superiores; dar respuestas claras y categóricas y así posibilitar que los mismos puedan cumplir con el sueño largamente acariciado de cursar el Doctorado en su propia facultad donde habían obtenido su título de abogados.

El desarrollo del curso del más alto nivel es una respuesta clara a la problemática de los doctorandos.

La enseñanza científica del Derecho y el desarrollo del curso suponían ajustar el plan de estudios al nuevo reglamento recientemente aprobado por la Universidad Nacional de Asunción.

---

(\*) Profesora Titular de Sociología, profesora de los cursos de Doctorado en Derecho UNA, Coordinadora general de las Tutorías del Doctorado en Derecho, Maestría en Derecho y Ciencias Sociales (Rectorado UNA), Maestría en Didáctica Superior (Rectorado UNA).

Las disciplinas o materias previstas en el reglamento son las siguientes:

— Metodología de la investigación científica aplicada a la elaboración de tesis doctorales.

— Historia del Derecho.

Los objetivos generales formulados como ejes centrales de los contenidos programáticos son los siguientes:

— Desarrollar en el doctorando una capacidad teórica que le permita asumir un análisis crítico de la relación entre su realidad y los fenómenos sociales, jurídicos, políticos y culturales.

— Conocer el significado del marco teórico y metodológico aplicado a la Ciencias Sociales y Jurídicas.

— Desarrollar y diseñar un proyecto de tesis (investigación individual) aplicando en forma integrada y coherente los conocimientos de teoría, métodos y técnicas metodológicas referentes a las Ciencias Jurídicas.

Como actividad complementaria del Curso de Doctorado, se dictarán simultáneamente seminarios, talleres de actualización Jurídica en Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Civil, Procesal Civil, Derecho Laboral y Seguridad Social, Derecho de Familia y de la Niñez y Adolescencia, Derecho Administrativo, Derecho Político, Derecho Marítimo y Aeronáutico, Derecho Agrario; otros contenidos específicos conforme con las áreas temáticas cuya lamina se adjunta.

### **1. Objetivos generales**

La disciplina Metodología de la Investigación aplicada a las Ciencias Jurídicas y Sociales, tiene como propósito general proporcionar al profesional abogado un conjunto de conocimientos en la dimensión de la metodología de la investigación en las Ciencias Jurídicas y Sociales fin de que este tenga capacidad de elegir métodos, estrategias y técnicas de investigación para abordar científicamente una investigación.

En este curso se analizarán el proceso de investigación científica y sus etapas, las teorías del conocimiento, las características de la investigación, tipos, métodos y técnicas, así como la construcción de marcos teóricos-referenciales a partir de problemáticas específicas.

1.2. Analizar el proceso de las investigaciones de las Ciencias Sociales y Jurídicas, identificando las múltiples interpelaciones entre los niveles teóricos y empíricos, sistematizar el proceso de construcción, y su problemática.

1.3. Contextualizar la investigación jurídica, es decir, integrarla a un contexto socio-económico, histórico y político.

1.4. Orientar la elaboración de marcos teóricos referenciales, a fin de propiciar la generación de hipótesis originales y pertinentes entre problemas seleccionados.

1.5. Analizar la pertinencia de diversos instrumentos metodológicos y tipos de investigación de acuerdo al objeto de estudio por áreas temáticas.

## **2. Objetivos específicos**

2.1. Estructuración del marco teórico conceptual referenciado al tema objeto de estudio y a los modelos teóricos estudiados: Kelsen, Popper, Hume, Hart, Alexy y Norberto Bobbio y otros.

2.2. Elección del tema de tesis y la elaboración de una adecuada planificación que permita la elaboración del diseño metodológico del proyecto de tesis sobre la base siguiente: a) integralidad; b) progresividad; c) subordinación; d) proporcionalidad

### **Desarrollo de los contenidos programáticos**

1) En forma secuencial el curso se implementa en dos módulos con ocho meses de duración cada uno.

El primer modulo se inició el viernes 8 de octubre de 2004 y finalizó en fecha 30 de julio del año 2005, el segundo modulo se inició en fecha 16 de septiembre de 2005 y finaliza el 20 de diciembre del corriente año.

### **Cuerpo docente**

#### **Historia del Derecho**

- Prof. Dr. Antonio Salum Flecha
- Prof. Secundino Núñez
- Prof. Dr. Fernando Barriocanal

- Prof. Dr. Luis Adolfo Lezcano Claude
- Prof. Abog. Manuel María Páez Monges

### **Metodología de la Investigación Científica aplicada a las Ciencias Sociales y Jurídicas**

- Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
- Prof. Stella Samaniego de Centurión.
- Lic. Manuel Reyes Tello.

“El segundo módulo del curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas involucra las instancias de aplicación del conocimiento como eje central del plan y supone un compromiso con la investigación científica dirigida a la elaboración del proyecto de tesis guiado por los tutores.

En este sentido es importante destacar que ha sido especialmente considerado el progreso de las Ciencias Jurídicas y Sociales, situación que nos obliga a revisar los modelos epistemológicos de vinculación con la realidad y los procesos de enseñanza-aprendizaje a nivel del doctorado, teniendo en cuenta los grandes temas de las Ciencias Jurídicas.

Debemos dar respuestas claras a la problemática del derecho como ciencia y como realidad social a través de instrumentos conceptuales precisos en instancias de aplicación del conocimiento aprendido llegando así a la etapa de consolidación de los mismos. Esta etapa de consolidación y de creatividad permite al doctorando con aptitud analítica la aplicación de la teoría a la praxis y supone la investigación individual guiada por los tutores.

### **Objetivos logrados**

Desarrollar en el Doctorando una capacidad teórica que le permita asumir un análisis crítico de la relación entre su realidad y los fenómenos Sociales, Jurídicos y Culturales; ser capaz de:

a) Conocer el significado del marco teórico y metodológico aplicado a las Ciencias Sociales y Jurídicas.

b) Desarrollar y diseñar su proyecto de tesis de investigación individual elaborando un diseño metodológico a ser evaluado por los docentes de las materias respectivas.

c) Aplicar en forma integrada y coherente las teorías, métodos y técnicas en la construcción y/o elaboración del marco teórico.

El módulo propuesto al inicio del curso, supone la articulación de los conocimientos teóricos aprendidos y la aplicación de los mismos que culmina con la entrega del diseño metodológico.

La Coordinación General de Tutorías lleva hasta la fecha las audiencias de tutorías con más del 50% de doctorandos que han elegido sus temas de tesis en forma definitiva y han elaborado y entregado su diseño metodológico.

Hasta la fecha se han realizado, en el mes de setiembre, un total de 22 hs. y en el mes de octubre, 40 hs. de tutorías con los alumnos del curso de Doctorado. En la planificación de las tutorías individuales se tuvo en cuenta en forma prioritaria la aplicación de métodos y técnicas de la investigación jurídica para indagar los problemas específicos en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Integran el plan de actividades los talleres, seminarios, conferencias y mesas redondas y/o consultivas con profesores nacionales y extranjeros invitados, así como debe preverse un taller sobre Epistemología General y Jurídica en ámbito de la Filosofía del Derecho. Principales problemas y temas actuales tales como las teorías, éticas, líneas contemporáneas de las Ciencias Sociales y del Derecho.

En conclusión, el segundo módulo constituye la praxis, un instrumento, una herramienta para una mayor y mejor articulación y aplicación a través de las tutorías del conocimiento aprendido.

En el nuevo módulo así diseñado con una metodología coherente e integrada se provee elementos instrumentales necesarios para la elaboración del proyecto de tesis con la asesoría y orientación de los tutores de tesis que integran la lista aprobada por el Honorable Consejo Directivo de la facultad.

Finalmente, al ser el objetivo prioritario ir del conocimiento a la praxis del saber, al hacer, los contenidos y la temática de los talleres son los siguientes:

<b>2do. Módulo — Duración de 8 meses</b>	<b>Horas Cátedra</b>
Taller de Filosofía y Teoría de la Argumentación (Teoría del Derecho y la Justicia)	24
Taller de Oratoria	16
Ronda de Consultas sobre Derecho Constitucional y Ciencia Constitucional	48
Derecho Administrativo, Tributario y Financiero	20
Teoría General del Derecho Penal y Proceso Penal	40
Teoría General del Derecho Civil y Comercial y Proceso Civil	40
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	10
Derecho de Familia, Niñez, Adolescencia y Penal del Adolescente	24
Ecología, Derecho Ambiental y Agrario	10
Teorías Políticas y del Estado	10
Derecho Procesal. Teoría General	40

### **Conclusión**

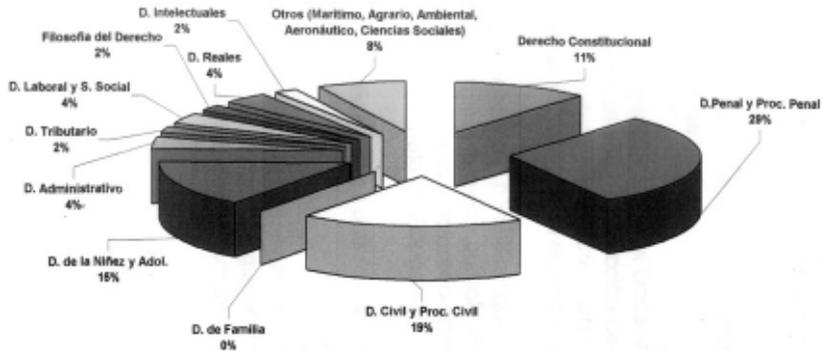
Al iniciarse el segundo módulo, procesalmente hablando, es importante destacar que se pasa de la teoría a la praxis, a la aplicación de lo aprendido y a la elaboración y concreción del diseño metodológico.

El último informe elevado a la Dirección General señala:

Que del total de 64 doctorandos inscriptos, hasta el 15 de noviembre, 52 doctorandos han elegido en forma definitiva su tema de tesis y entregado su diseño metodológico.

La tasa de deserción que en cursos de este tipo suele ser la constante, en la Universidad Nacional no llega al 1%. Es decir el 99% de doctorandos sigue en el sistema.

*Áreas temáticas: Por temas específicos*



## **CURSO DE POSTGRADO. DIDÁCTICA UNIVERSITARIA**

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, ha incorporado el curso de Didáctica Universitaria, con el objeto de buscar la excelencia en la enseñanza - aprendizaje en la carrera de pregrado. Más aún considerando que si bien la Escuela de Derecho tuvo sus inicios a fines del Siglo XIX, no se ha contado con cursos de formación para docentes universitarios, puesto que se ha prestado especial atención a la formación de docentes en la educación básica y media.

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional, no podía estar ajena a los cambios educativos del Siglo XXI, de ahí que consideró prioritario incorporar como Curso de Pos grado el de Didáctica Universitaria, dirigido especialmente a los docentes egresados de esta universidad.

Las características que la Universidad avisora de parte del docente del Siglo XXI, pretenden que el egresado de este curso cuente con el siguiente perfil: enseñar a investigar, aprender a resolver problemas, pensamientos creativos, solidaridad social, liderazgo y trabajo en equipo. Debe tener claro la importancia que representa la comunidad educativa universitaria integrada por: autoridades, docentes, estudiantes, funcionarios y los padres que se involucran en la educación terciaria de sus hijos. En especial deberá tener liderazgo institucional, individual y colectivo, será innovador y visionario, tanto para la elaboración de sus respectivos programas de estudios que deberán ser flexibles a los efectos de poder modificarse, de acuerdo a las necesidades, las veces que haga falta, tratando de priorizar en sus ejes temáticos, los temas centrales que hacen a cada disciplina del plan curricular, de tal manera que el aprendizaje por parte de los alumnos sea duradero, puesto que la exageración de contenidos está orientada más bien para evaluar memoria y no el aprendizaje del estudiante.

El profesor del Siglo XXI jugará un rol preponderante como organizador, asesor y tutor del estudiante a través de novedosos mecanismos. Con docentes que no solo tendrán dominio en cuanto al contenido de las disciplinas jurídicas del plan curricular, sino también podrán transmitir los conocimientos para un mayor aprendizaje por parte de sus alumnos.

Aspiramos que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de éste siglo, pueda cumplir con la misión que le corresponde a pesar de los obstáculos, de las resistencias obstructivas que se presenten ya que dependerá de que la propia comunidad educativa terciaria asuma este desafío que requerirá desvelo, riesgo y sacrificios.

### **Docente. El nuevo rol**

El nuevo rol del profesor universitario implica un cambio sustancial: detentor y transmisor del conocimiento y facilitador del aprendizaje. El Conocimiento no reside ahora en una persona sino en una red de personas y organizaciones y el estudiante no recibe pasivamente el conocimiento sino lo constituye a partir de diversas fuentes distributivas en todo el mundo, fuentes que ahora son accesibles por medio de la redes telemáticas. Este llamado “nuevo” paradigma de enseñanza y aprendizaje no es del todo nuevo. Pero nunca se lo pudo hacer realidad debido a la ausencia de condiciones apropiadas. La nueva tecnología digital crea precisamente las condiciones necesarias para realizar ese nuevo paradigma.

### **Sistema de evaluación**

El curso de capacitación del docente universitario incorpora a la evaluación como un proceso sistemático continuado y funcional inherente al proceso enseñanza-aprendizaje.

Con ello, pretende que la misma provea en forma válida y oportuna las informaciones que requiere su desarrollo, adecuación y perfeccionamiento permanente, en sus tres funciones: diagnóstica, formativa y sumativa.

#### *a) Evaluación de los participantes*

La evaluación del aprendizaje de los participantes será continúa, acompañará la evolución individual y social del grupo sin descuidar los perfiles y objetivos curriculares previstos. Combinará los aportes de la auto-evaluación, la evaluación entre pares y las apreciaciones de los profesores tutores.

El aprovechamiento académico de los participantes será evaluado a través de las pruebas y trabajos prácticos que acompañan a cada módulo en función a los perfiles y objetivos educativos.

En los diferentes tipos de evaluación se consideraran los siguientes criterios:

- Rigor científico de conceptos
- Nivel de elaboración de las ideas y conceptos
- Coherencia entre la Teoría y la práctica docente
- Responsabilidad de los compromisos asumidos

Para la calificación del rendimiento se adopta la escala de cinco categorías:

Excelente	5
Muy bueno	4
Bueno	3
Aceptable	2
Insuficiente	1

Para la calificación de las conductas intelectivas se empleará la equivalencia numérica y la evaluación de las conductas socio objetivas, la escala conceptual.

Será necesaria una asistencia del 75% para cada evaluación

Se tendrá una tolerancia de 10 minutos para la entrada y la permanencia hasta el final del horario estipulado, de lo contrario se computará como ausente; para lo cual se pondrá a disposición planillas de asistencia de entrada y salida.

#### *b) Evaluación de variables internas y externas*

Al final de cada etapa los participantes y docentes evaluarán diversos aspectos de la implementación curricular.

Los resultados obtenidos servirán para identificar las fortalezas y debilidades internas y externas, y así lograr el perfeccionamiento permanente del sistema.

*Plantel docente:*

Lic. Cecilia Garcete, Lic. María Luz Miranda y Lic. Sonia Cárdenas  
Lic. Justo Maldonado, Bettina Cuevas  
Lic. Domingo Pedrozo, Lic. Amalia Monges  
Prof. Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa.  
Directora del Curso de Didáctica Universitaria  
Dra. en Ciencia Jurídicas y Master en Educación.



## LA EDUCACIÓN EMPRENDEDORA EN LA UNIVERSIDAD

Por Oscar I. Bogado Fleitas (\*)

La educación universitaria de los ciudadanos es considerada como principal herramienta para construir una sociedad más justa y solidaria.

Las instituciones formadoras de hoy deben asumir que la educación en valores constituye un elemento imprescindible para construir la justicia bajo el respeto y en un clima de seguridad, permitiendo el desarrollo con equidad de ciudadanos y ciudadanas.

La gestión educativa actual debe encaminar a la sociedad hacia una capacitación oportuna y constante al mismo tiempo, la superación personal inculcando el patriotismo y el desarrollo de una mente libre de antivalores.

Educar con el propósito de formar y orientar es el paso para construir una nueva generación de profesionales de calidad.

Con el objetivo de fortalecer el sistema educativo el Decanato, la Dirección Académica y el Departamento de Apoyo Técnico Pedagógico, han promovido como estrategia la educación emprendedora en la universidad a través de jornadas sobre la misma. Estamos conscientes de que es imposible hablar de cooperación desde un modelo educativo que premia la competitividad, ni de sentido de responsabilidad, cuando los objetivos y las tareas son asignadas y no negociadas. En definitiva, la universidad debe enfrentar el reto del cambio a la humanización, para promover el desarrollo de un ser humano capacitado y sensibilizado a los cambios que demanda el mundo actual.

Cambiar los paradigmas establecidos y afrontar desde el aula otra actitud, es todo un desafío que requiere humildad para aceptar un compromiso de transformación personal e institucional, donde el saber, el hacer y el ser persona; es una iniciativa en la que voluntariamente se compromete uno para la autotransformación universitaria. Actitudes positivas hacia el nuevo paradigma ya se perciben en los docentes de esta universidad.

---

(\*) Director Académico.

## PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL AÑO 2006

### 1. GESTIÓN ACADÉMICA

Es de gestión pública innovadora de carácter estatal. En lo que hace al aspecto financiero es centralizado, siendo el presupuesto 17.000.000.000 (diecisiete mil millones de guaraníes) al año, cuyo propósito es brindar a la Comunidad Educativa los recursos necesarios con miras a lograr una formación competente y de calidad, donde los estudiantes construyan su personalidad, y sean aptos profesionalmente, a fin de desarrollar su identidad nacional y su cultura paraguaya en un ambiente armónico, aplicando sus potencialidades solidariamente como ciudadanos útiles a si mismos, a su familia y a la sociedad paraguaya.

### 2. INFRAESTRUCTURA

La Infraestructura se halla en mejoramiento constante y transformación con miras al futuro contándose con modernas instalaciones: aulas *climatizadas*, *sala de conferencias*, *salones auditorios*, *Aula Magna*, *biblioteca "Carlos Antonio López"*, que es considerada como la más antigua entre las bibliotecas de la U.N.A. Posee más de *diez mil ejemplares* de materiales bibliográficos, referente a las *Ciencias del Derecho*, *Notariado*, *Ciencias Políticas*, con una *hemeroteca*, en distintos idiomas como ser: *inglés*, *francés*, *coreano*, *alemán*. Además cuenta con una adecuada y moderna infraestructura con variados y actualizados textos, tales como: *diccionarios*, *enciclopedias jurídicas*, *memorias*, *anuarios directorios*, *tesis doctorales*, *obras de referencias con servicios de Internet y fotocopiadora*.

Para la dirección, gestión, y prestación de servicios dispone de dos profesionales en bibliotecología y sus correspondientes auxiliares.

La Facultad posee un modernísimo polideportivo con canchas reglamentarias de *fútbol de campo, fútbol 5, basketball, voleyball, con todas las comodidades necesarias como ser vestuarios para los jugadores y árbitros, como así también sanitarios damas y caballeros.*

Cuenta con otras instalaciones complementarias como ser una *parrilla, quincho, y un amplio espacio para estacionamiento vehicular.*

### 3. CONTEXTUALIZACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción tuvo su origen en la escuela de Derecho, creada como institución anexa al Colegio Nacional de la Capital por Decreto, Ley del 12 de julio de 1882, siendo Presidente de la República el Gral. Bernardino Caballero.

La Escuela de Derecho fue clausurada por breve tiempo para reabrir sus puertas en julio de 1888. El plan de estudios fue presentado por el Dr. Luis Caminos el 25 de junio de 1888.

La Universidad Nacional de Asunción fue creada en 1890 a iniciativa de un proyecto de ley presentado por el senador José Segundo Decoud que fue sancionada el 24 de setiembre de 1889, bajo la presidencia del Gral. Patricio Escobar y se desempeñaba como Ministro de Instrucción Pública el Dr. Benjamín Aceval.

La Universidad Nacional nacía con tres Facultades; Derecho, Medicina y Matemáticas. Como Rector fue designado el Dr. Ramón Zubizarreta, quien también se desempeñaba como Decano de la Facultad de Derecho. En 1893 egresaron los primeros abogados y ese mismo año se fundó la Escuela de Notariado, cuyo primer Director fue el Dr. Cecilio Báez.

La Facultad de Derecho, tiene como base legal la Constitución Nacional, la Ley General de Educación, Ley 136/93 de Universidades el Estatuto Universitario del 19 de febrero del 2000, de la Universidad Nacional de Asunción y las resoluciones del Honorable Consejo Superior Universitario.

La Institución Educativa Universitaria, funcionó en sus instalaciones de la calle Yegros 269 casi Mcal. Estigarribia hasta el año 1998, luego en julio del mismo año fue inaugurada la moderna sede en el Distrito de Santísi-

ma Trinidad, en una zona muy poblada, sobre la calle Congreso de Colombia, con los siguientes números telefónicos: 299.672 al 5

Las modalidades Educativas que integran dicha Facultad son las carreras de Derecho, Notariado, Ciencias Políticas y Ciencias Sociales.

### ***Con una VISIÓN***

*“La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, es una Institución que asume el desafío de la calidad educativa, potenciando la competitividad de conocimientos, habilidades profesionales y la investigación en el campo jurídico, con el logro de un alto grado de innovación y flexibilidad, asegurando la calidad y excelencia académica, basadas en la manifestación de la ética, el respeto y la valoración de la propia cultura”.*

### ***Y con una MISIÓN***

*“Brindar la oportunidad de satisfacer las necesidades e intereses de los estudiantes y de toda la comunidad educativa, promoviendo la formación de profesionales al servicio de la sociedad, inspirado en los valores de la libertad, justicia, equidad y patriotismo; propendiendo acciones a través de la actualización continua, extensión universitaria y técnicas de investigación, facilitando a los futuros profesionales, adquirir las competencias para el desarrollo de su vida personal y profesional”.*

Esta Institución educativa apunta como valores y creencias fundamentales:

#### **VALORES**

- **AMOR A DIOS**
- **ETICA**
- **RESPECTO A LAS PERSONAS**

#### **CREENCIAS**

- Es una institución, que respeta la libertad de culto.*
- Es una institución, formadora de personas capaces de cumplir roles morales*
- Es una institución, que fomenta el respeto a las personas como centro de la verdad, bondad, y belleza.*

- **JUSTICIA** *Es una institución que, promueve en las prácticas cotidianas la justicia a través de acciones concretas de situaciones educativas.*
- **HONESTIDAD** *Es una institución, que inculca y estimula el valor de la honestidad como una cualidad y habilidad que, participan activamente como miembros de una sociedad.*
- **PATRIOTISMO** *Es una institución, que inculca el patriotismo basado en la creatividad cultural con características que definen su identidad.*
- **EQUIDAD** *Es una institución, que fomenta la igualdad, objetividad, legalidad y firmeza durante la formación profesional a fin de proyectarse.*
- **SOLIDARIDAD** *Es una institución, que impregna el espíritu cooperativo y comprensión utilizando diversos lenguajes y códigos.*
- **LIBERTAD** *Es una institución, que promueve la libertad conciente, sin avasallar derechos democráticas de los ciudadanos*
- **PARTICIPACIÓN** *Es una institución que orienta hacia el mejoramiento de la calidad de la Educación Superior con la participación conjunta de las autoridades, docentes, técnicos y alumnos.*

## RECURSOS HUMANOS

Se fomenta el relacionamiento organizacional a través de un organigrama, cuyos componentes jerárquicos son: el *Honorable Consejo Superior Universitario, el Rectorado, el Honorable Consejo Directivo* conformado por el *Decano, Vice Decano, Miembros Titulares*: con ocho Docentes, un Abogado representante no docente y tres representantes estudiantiles.

*Miembros Suplentes*: dos Docentes, un Abogado y Tres Estudiantes universitarios.

*Representantes ante el Consejo Superior:* un miembro titular, un miembro suplente.

*Representantes ante la Asamblea Universitaria:* Tres miembros titulares: Docente, no Docente y un Estudiante. Tres miembros suplentes: Docente, no Docente y un Estudiante.

También cuenta con una *Secretaria General* y las diferentes *Direcciones:* *Dirección Académica, compuesta por el Departamento de Apoyo Técnico Pedagógico, Asistentes Académicos, Equipo Técnico, Asistentes Pedagógicos, Sección Archivo, Sección Biblioteca, Sección Fichas, Dpto. de Procesamiento de Datos, Secretaria de Filiales; Dirección Administrativa y Financiera, Dirección de Recursos Humanos, Dirección de Asistencia Legal a Personas de Escasos Recursos, Dirección de Post-grado, Institutos de Investigaciones Jurídicas, Dirección de Convalidación, Servicios Generales y Servicio de Seguridad.*

El Claustro Docente está conformado por 131 catedráticos en la Sede Central y 126 catedráticos en las Filiales, formados en su mayoría con grado de *Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogados con Post-Grado en Didáctica Universitaria y Licenciados.*

Actualmente cursan sus estudios en la Institución (*Sede Central, Filiales y Secciones*) más de 10.000 alumnos en las carreras de *Derecho, Notariado, Ciencias Políticas y Ciencias Sociales*, la formación de los mismos se sustenta en los fines de la Educación Paraguaya, buscando que éstos construyan su personalidad, se afirmen profesionalmente y formen su identidad nacional y cultural, mejorando de esta forma su nivel y calidad de vida, estando inmersos dentro del país y el extranjero, egresados con alta calificación universitaria, constituyendo un engranaje social altamente comprometido como: *Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Ex Ministros de la misma, Ex Presidentes de Estado, Magistrados, Senadores, Diputados, Secretarios de Estado*, entre otros que paralelamente constituyen un compromiso con la Comunidad Educativa Universitaria.

## PROYECTO ACADÉMICO

El Proyecto Académico, aborda lo estipulado conforme a los planes de estudios, aprobados por el *Honorable Consejo Directivo* y homologados por el *Honorable Consejo Superior Universitario*, contemplándose las exigen-

cias de trabajos prácticos, metodología de la investigación, extensión universitaria y técnica de juicio oral implementados por las diversas áreas del currículum.

Los Programas de Estudios de las diferentes *cátedras abarcan contenidos actualizados*, según los diferentes las nuevas estrategias de la Educación Superior Universitaria, basadas en la realidad social, económica y cultural que implica cambios pertinentes en las diferentes cátedras, equivalentes en complejidad al currículum de los países del MERCOSUR.

Se tiene en cuenta la correlatividad de las disciplinas a fin de *respetar el proceso progresivo y continuo del desarrollo curricular*. Así mismo, se introducen paulatinamente los delineamientos *estratégicos para la implementación de Proyectos Educativos por Cátedras*, con contenidos programáticos actualizados con *enfoques y metodologías pedagógicas*, con sentido de innovación y énfasis en la ética profesional, como servicio a la sociedad teniendo en cuenta que un país se proyecta y progresa con el esfuerzo de todos, y dentro de *un espacio democrático convencional*.

*La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* promueve la formación de sus estudiantes, sobre la base de un desarrollo humano, fundamentada en la cultura, la justicia, la equidad, democracia, la libertad, y participación, fortaleciendo al mismo tiempo la pertinencia y la calidad de sus funciones en la docencia, la investigación y la extensión, ofreciendo igualdad de oportunidades a todas las personas a través de una educación integral.

En materia de evaluación, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, enfatiza una revitalización de la función evaluativa como apoyo a la calidad de la educación superior, a través de la participación activa, complementaria y conjunta de profesores y estudiantes, basado en conocimientos, destrezas, conceptos, e ideas, estrategias necesarias para alcanzar un aprendizaje significativo.

La Dirección Académica en consenso con los profesores establece el número de evaluaciones parciales, el formato, y el porcentaje asignado a las calificaciones parciales, trabajos prácticos y a la prueba final de cada materia, en función de las características particulares de cada asignatura, no obstante y para efectos de certificación, las calificaciones finales de cada curso, son convertidas automáticamente a su equivalente en el rango de uno a cinco de tal manera, que en todos los certificados emitidos por la facultad, figure la calificación final porcentual obtenida por el estudiante en cada curso.

## ÁREA: PROYECTO ACADÉMICO

### ***Fortalezas***

- *Proyecto Educativo Institucional*
- *Optimización del periodo de clases*
- *Trabajo coordinado en equipo.*
- *Unificación y actualización de algunos programas*
- *Alta demanda para las carreras ofrecidas*
- *Mayor participación en el desarrollo de clases de los estudiantes y profesores*
- *Organización eficaz de las actividades pedagógicas.*
- *Disponibilidad del radio transmisor para gestiones administrativas y académicas*
- *Diseño y elaboración de los módulos sobre Educación Superior en el Siglo XXI en el marco del proceso de enseñanza - aprendizaje.*

### ***Debilidades***

- *Apatía por parte de algunos estudiantes*
- *Reglamento interno.*
- *Infraestructura áulica insuficiente*
- *Recursos Tecnológicos insuficientes*
- *Escasos recursos financieros.*
- *Falta de trabajo coordinado entre docentes y la Dirección Académica. (Visaciones de exámenes, formas de evaluación, formato de exámenes inadecuados etc.*
- *Escaso transporte público para traslado de estudiantes y profesores.*
- *Documentación incompleta de estudiantes en archivo*
- *Resoluciones de traslados de filiales extemporáneos.*
- *Burocracia administrativa.*
- *Previas vizaciones de hojas de exámenes por la Dirección Académica para las evaluaciones finales.*
- *Reglamentación para la ubicación de pasacalles en épocas electorales estudiantiles.*
- *Carencia de un plano de ubicación en las entradas y puntos estratégicos indicando las diferentes direcciones, departamentos y salidas de emergencia.*
- *Ruidos molestos en horas de clases a consecuencia de actividades festivas.*

## PROYECTO ACADÉMICO

### *Oportunidades*

- *Ampliación curricular*
- *Flexibilidad del curriculum*
- *Proyecto por cátedra*
- *Apoyo de las instituciones universitarias en jornadas para docentes*
- *Manual de instrucciones académicas.*
- *Apertura y apoyo de instituciones, municipales, castrense, parroquias, colegios y otros para la realización de los eventos organizados por la Dirección Académica.*

### *Amenazas*

- *Poca seguridad en los alrededores de la facultad*
- *Robo de equipos de multimedia*
- *Atención médica y primeros auxilios para los estudiantes, funcionarios, técnicos y directivos.*
- *Actualización del sistema de evaluación.*

## ÁREA: PERSONAS

### *Fortalezas*

- *Consejo Directivo en ejercicio de sus funciones.*
- *Centro de Estudiantes bien constituidos y en constante actividad.*
- *Organización efectiva de los Delegados de Curso*
- *Trabajo Coordinado en equipo en los diversos estamentos.*
- *Participación Activa de los estudiantes y docentes en el desarrollo de clases.*
- *Profesionales competentes.*
- *Jornadas con docentes de las filiales para el análisis, elaboración del PEI y las estrategias pedagógicas.*
- *Pertenencia institucional en las actividades culturales y pedagógicas del personal técnico.*
- *Docentes responsables en la entrega de planeamientos.*
- *Estudiantes interesados motivados en participar en eventos culturales en representación de la Facultad.*
- *Resultados positivos de las encuestas de evaluación aplicadas a los estudiantes sobre las gestiones del Equipo Técnico.*

- *Premiaciones en primer lugar a los estudiantes del primer año turno mañana, por las competencias Inter. Facultades y otros eventos de organizaciones particulares en representación de la Facultad.*
- *Estudiantes de los primeros cursos con visión emprendedora para la creación de la Academia Literaria Bilingüe.*
- *Estudiantes interesados en crear espacios de recreación para una mejor utilización de los espacios deportivos.*
- *Pertenencia Institucional del personal técnico y pedagógico.*
- *Diseño, análisis e investigación de la encuesta socio económica año 2005 de los primeros cursos.*
- *Obtención de datos sobre rendimiento académico de los estudiantes (promocionados, evasores, repitentes)*
- *Apertura y consulta por parte de algunos profesores para la elaboración de los planeamientos y estrategias pedagógicas.*
- *Desarrollo del 90% de los contenidos programáticos.*
- *Asistencia de profesores en un 90 %.*

### ***Debilidades***

- *Apatía por parte de algunos cursos*
- *Escaso interés en difundir la Agenda Académica.*
- *Poca disponibilidad de tiempo de estudiantes y profesores para reuniones y eventos culturales.*
- *Estudiantes preocupados para gestionar los espacios recreativos de la facultad.*

### **ÁREA: PERSONAS**

#### ***Oportunidades***

- *Premiación a los estudiantes del primer año, en representación de la Facultad en la noche de talentos organizado por la Politécnica.*
- *Capacitación en el uso de los equipos multimedia.*
- *Implementación de la Extensión Universitaria.*
- *Práctica de las normas de convivencia.*
- *Realización de eventos culturales organizadas por la Dirección Académica con el objetivo de incentivar la participación activa de los profesores estudiantes.*
- *Desarrollo de los módulos sobre el Desarrollo Personal (Autoestima, Liderazgo, Oratoria, Ética del Abogado, Investigación Científica), en los primeros cursos.*

- *Difusión de convocatorias de capacitación docente a nivel nacional, regional e interinstitucional.*
- *Jornada en las filiales en el marco del PEI.*
- *Estudiantes motivados en realizar actividades deportivas de competencia e intercambio con otras facultades.*
- *Predisposición de autoridades y docentes de filiales para el análisis y la elaboración del P.E.I.*
- *Evaluación de los estudiantes de las actividades extracurriculares realizadas en el aula por el Equipo Técnico.*

### ***Amenazas***

- *Deshonestidad de algunos alumnos dirigentes estudiantiles.*
- *Excesiva cantidad de estudiantes.*
- *Falta de apoyo logístico.*

## **PROYECTO ACADÉMICO**

### ***Oportunidades***

- *Ampliación curricular*
- *Flexibilidad del curriculum*
- *Proyecto por cátedra*
- *Apoyo de las instituciones universitarias en jornadas para docentes*
- *Manual de instrucciones académicas.*
- *Apertura y apoyo de instituciones, municipales, castrense, parroquias, colegios y otros para la realización de los eventos organizados por la Dirección Académica.*

### ***Amenazas***

- *Poca seguridad en los alrededores de la facultad*
- *Proyectos de incentivación para el uso correcto de los materiales didácticos en la biblioteca*
- *Robo de equipos de multimedia*
- *Atención médica y primeros auxilios para los estudiantes, funcionarios, técnicos y directivos.*
- *Actualización del sistema de evaluación.*



## CALENDARIO ACADÉMICO AÑO LECTIVO 2006

Febrero	Extensivo al mes	Actividades
1		Inicio de actividades académicas y administrativas. Apertura de inscripción para los Exámenes Complementarios.
6	07 de Abril	Administración de los exámenes correspondientes al Período Complementario, sin suspensión de clases.
6	07 de Julio	<i>Inicio del Período de matriculación.</i>
20	15 de Setiembre	Período de recepción de solicitudes de exoneración de asistencia a clases.
24		➤ <i>Examen de Admisión a las diferentes carreras, Sede Central, Secciones y Filiales.</i>

*Esta Dirección Académica sugiere el adelantamiento del Examen de Admisión, a fin de que todas las carreras y todos los cursos inicien en la misma fecha las actividades aúlicas.*

Marzo	Extensivo al mes	Actividades
13		<i>Acto de Bienvenida a los ingresantes 2006.</i>
27		Desarrollo del P.E.I.: Área Proyecto Académico: Componente Normas de Convivencia y aspectos ambientales.
27 al 31		Reunión con profesores de las Carreras de Derecho y Notariado.

<b>Abril</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
3 al 7		Entrega de informes de Administración de clases y Ausencias del Claustro Docente al señor Decano para su remisión al Consejo Directivo.
7		Finalización de la administración de los exámenes complementarios.
13 y 14		<i>SEMANA SANTA.</i>
17	23 de Junio	Administración de los exámenes correspondientes al Período de Regularización, sin suspensión de clases.
24 al 28		Desarrollo del P.E.I.: Área Proyecto Académico: Componente: Proceso Enseñanza-Aprendizaje. Jornadas Pedagógicas Educación Universitaria vs Educación Universitaria Emprendedora, en homenaje al día del docente.
24 al 28		Remisión por parte de los señores profesores, Jefes de Cátedra de requisitos para habilitación de las respectivas cátedras, como ser temas de trabajos prácticos, pruebas escritas, extensión universitaria e investigación de campo y plazos para la presentación de los mismos.
24 al 28		Aplicación de Encuestas socio-económicas a los alumnos de los Primeros, Segundos y Tercer Cursos.
<b>Mayo</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>

8 al 11

Entrega de informes de Administración de clases y Ausencias del Claustro Docente al señor Decano para su remisión al Consejo Directivo.

8 al 12

Festejo por el Día del Maestro, Independencia Patria y Día de la Madre.

22 al 26

Monitoreo del Proyecto Educativo Institucional

- 31 *Cierre de Recepción de Solicitudes de Admisión Directa por parte de egresados universitarios y otros.*
- 31 *Cierre de Recepción de solicitudes de convalidación de materias.*

<b>Junio</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
5 al 9		Entrega de informes de Administración de clases y Ausencias del Claustro Docente al señor Decano para su remisión al Consejo Directivo.
13 al 16		Festejo por el Día de la Paz del Chaco a los Excombatientes.
19	07 de Julio	Presentación de proyectos de horarios de exámenes correspondiente al Periodo Ordinario por parte de los delegados de cursos, quedando la confección final a cargo de la Dirección Académica, teniendo en cuenta la correlatividad.
23		Finalización del Período de Regularización de Exámenes.
26 al 30		Trabajos de campo y extensión universitaria a cargo de los alumnos de los últimos cursos en el interior del país.

<b>Julio</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
5 al 7		Entrega de informes de Administración de clases y Ausencias del Claustro Docente al señor Decano para su remisión al Consejo Directivo.
7		<i>Cierre del Período de Matriculación.</i>
10 al 14		<i>FERIA UNIVERSITARIA.</i>
17 al 21		Presentación de Horarios de exámenes e integración de las Mesas Examinadoras de la Sede Central, Filiales y Secciones al Decano.
24 al 28		Reunión con profesores de las Carreras de Derecho y Notariado.

<b>Agosto</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
01 al 11		Encuesta a profesores sobre la disponibilidad de tiempo para la administración de los exámenes en las Filiales y Secciones.
7 y 9		Entrega de informes de Administración de clases y Ausencias del Claustro Docente al señor Decano para su remisión al Consejo Directivo.
14 al 18		Publicación de los Horarios correspondientes al Período Ordinario.
21 al 25		Festejo por la semana del Folklore.
31 agosto		Finalización de las actividades académicas.

<b>Septiembre</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
4 al 8		Entrega de informes de Administración de clases y Ausencias del Claustro Docente al señor Decano para su remisión al Consejo Directivo.
15	22 de Diciembre	Inicio de la administración de los exámenes ordinarios del cuarto al sexto curso de Derecho y cuarto de Notariado.
15		Cierre de periodo de recepción de pedidos de exoneración de asistencia a clases.
18 al 22		Evaluación del Proyecto Educativo Institucional.
18	13 de Octubre	Control de Libros de Cátedras con los bebes a fin de preparar el informe final ha ser elevado al Decano y al Consejo Directivo de las clases impartidas por los profesores de las diversas categorías.

<b>Octubre</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
2	22 de Diciembre	Inicio de la administración de los exámenes ordinarios del primer al tercer curso de Derecho y Notariado.

9 al 27		Elaboración del Proyecto Educativo Institucional y Calendario Académico 2007.
16 al 20		Reunión de Equipo Técnico con el Director Académico.

---

<b>Noviembre</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
1	22 de Diciembre	Prosecución de administración de exámenes ordinarios en la Sede Central, Filiales y Secciones.
27	07 de Diciembre	Entrega de los informes finales del Equipo Técnico a la Dirección Académica.

---

<b>Diciembre</b>	<b>Extensivo al mes</b>	<b>Actividades</b>
22		Finalización de los exámenes del Período Ordinario.
26 al 29		Elevar el informe final al Decano y al Honorable Consejo Directivo de las Tasas de Promoción; Deserción; Repitentes; Eficiencia; Costo Producto.
26 al 29		Elevar el informe final al Decano sobre rendimiento académico en porcentajes de la matrícula de la institución; con las diversas calificaciones obtenidas.

---



## RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL AÑO 2005

### I. OBRAS CIVILES

**A) Culminación de la infraestructura edilicia básica en Sección Caacupé y Quiindy:** en la Sección Caacupé a través de la licitación por Concurso de Ofertas N° 9/2005 y en la Sección Quiindy a través de la Licitación Pública N° 2/2005, se adjudicaron las obras para la culminación de la construcción de aulas y ss.hh., lo que permitirá al estudiantado y funcionarios de ambas secciones las comodidades necesarias para el desempeño de la labor educativa; que iniciarán las actividades académicas en el año 2006 con seis aulas totalmente terminadas, baños sexados, amplia galería, empastado y jardinería.

**B) Dirección Académica:** Por licitación por Concurso de Ofertas N° 10/2005 se adjudicó la culminación de la infraestructura edilicia para la Dirección Académica en un bloque independiente, con las comodidades necesarias, acompañando el proceso que busca la excelencia académica. Dicha infraestructura edilicia se encuentra equipada con tecnología de avanzada, como ser la conexión de red con otros departamentos de la Facultad y la Universidad Nacional de Asunción, además del confort necesario que ayuda al rendimiento eficiente de la actividad académica.

**C) Edificio Histórico de la Facultad:** La refacción edilicia permitirá mejorar la presentación de las oficinas administrativas y aulas, teniendo en cuenta las actividades desarrolladas actualmente en este local, como ser las clases del Curso Probatorio de Ingreso y de la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas. Así mismo, para el desarrollo de clases de Postgrado en Didáctica Universitaria, se llevó a cabo la reparación de las aulas acorde con las exigencias del referido curso.

## II. PROYECTOS DESARROLLADOS

Además, se llevaron a cabo varios proyectos en relación a obras civiles, como citamos algunos:

- **Ampliación de la Biblioteca** de la Sede Central, Carlos Antonio López, donde se habilitaron tres salas más a las existentes. En la planta baja dos salas de lectura, en una de las cuales actualmente funciona la Biblioteca Juan José Soler. En la planta alta un espacio destinado a oficinas administrativas.

- **Adquisición e Instalación de un grupo electrógeno diesel**, Por Licitación Pública N° 1/2004, se destaca que el mismo, permitirá a las oficinas administrativas y las aulas puedan funcionar, aún en casos de falta de energía eléctrica, principalmente considerando los eventos importantes desarrollados en esta Unidad Académica; como ser, Congresos, Conferencias, Seminarios, Visitas Ilustres del ámbito nacional como internacional, organización del Examen de Ingreso, y otros de gran importancia. Además, esta instalación, permite que el servidor del sistema informático funcione en todo momento y tanto los alumnos como los docentes pueden acceder a él las 24 horas del día.

## III. PROYECTOS DESARROLLADOS EN EL PRESENTE EJERCICIO

- Licitación Pública N° 3/2005 - Mantenimiento del Edificio de la Sede Central y Edificio Histórico de la Facultad.

- Concurso de Ofertas N° 13/2005 - Adquisición de libros para la Sede Central y Filiales de la Facultad.

- Concurso de Ofertas N° 14/2005 - Adquisición de equipos audiovisuales para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

- Concurso de ofertas N° 16/2005 - Adquisición de acondicionadores de aire para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

- Concurso de ofertas N° 17/2005 - Adquisición de sillas pedagógicas y pizarras

- Concurso de ofertas N° 18/2005 - Adquisición de muebles para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

- Concurso de ofertas N° 19/2005 - Construcción de la estructura de hormigón armado para las oficinas administrativas y académicas en la Filial San Pedro del Ykuamandyju

- Concurso de ofertas N° 20/2005 - Obras exteriores en la Sede Central de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

#### IV. AVANCES EN PROCESAMIENTOS Y TRANSMISIÓN DE DATOS

##### a. Procesamiento de datos

Se adquirieron computadoras y equipos informáticos para actualizar las dependencias.

Se adquirieron computadoras portátiles para usufructo de los profesores en las salas de clases para enseñanza audiovisual.

Estamos implementando el sistema de consulta de datos de alumnos en la facultad a través de monitores Touchscreen.

Se implementaron, aparte del ya existente en Internet, la consulta de notas de alumnos a través del correo electrónico y/o teléfonos celulares.

Se actualizaron los equipos instalados en las filiales del interior del país para los sistemas Académico y de Caja.

Se procedió a la instalación del Sistema de Caja en la nueva Filial de San Pedro, cuyo próximo paso es la utilización del Sistema Académico.

Se instalaron cableados de red en la Dirección Académica, que se trasladó en otro lugar de la Institución.

Se adquirió otro reloj marcador biométrico para el control de asistencia de los Funcionarios.

Se habilitó la opción de Consultas de Docentes en Internet, en la dirección <http://www.cnc.una.py/eprof/>, en la cual los docentes, mediante un PIN generado por este Departamento pueden acceder a los datos de sus alumnos (matriculados, inscriptos a exámenes, ficha académica), materias a las cuales ha sido designado como interventor, horarios de exámenes, legajo personal, informaciones de las cátedras y otros datos de interés al docente.

##### b. Proyectos (2005)

Cambio del enlace de radio, actualmente de 3 Mbps a uno de 11 Mbps para agilizar los sistemas utilizados del Ministerio de Hacienda.

Instalación y utilización del Sistema de control de documentaciones para el área de Mesa de Entrada.

##### c. Proyectos (2006)

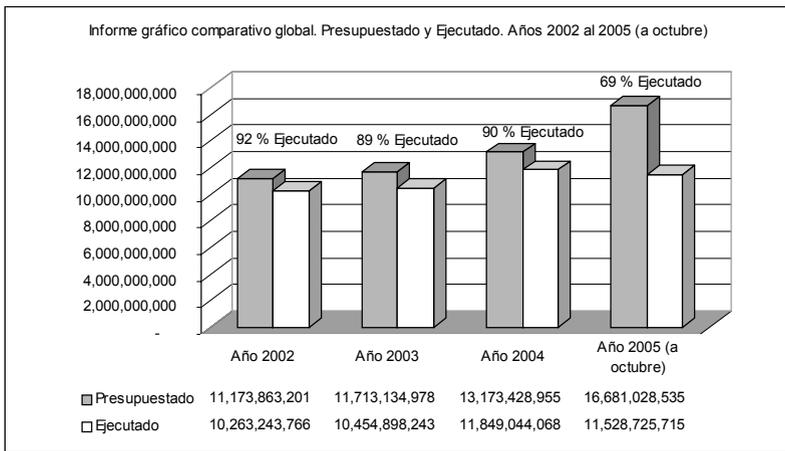
Cambio total de las conexiones de red de la Institución, actualmente a través de cables UTP, por tecnología inalámbrica. Los cables utilizados actualmente data del año 1999, que además en muchas partes se colocaron en los ductos y cuya vida útil ya ha fenecido, siendo este solo de 5 años. Esta tecnología inalámbrica también permitirá un aumento en la transferencia y seguridad de los datos.

## V. INFORME FINANCIERO

### a. Curso Probatorio de Ingreso

AÑO	BENEFICIO	
2001	998.215.885.-	(Año base)
2002	1.827.461.420.-	
2003	2.714.232.170.-	
2004	2.183.036.180.-	
2005	2.346.740.000.-	

### b. Informe presupuestario



Presupuestado FF30	Gs. 10.503.243.391.-
Ejecutado	Gs. 7.576.418.524.-
Porcentaje de ejecución	69%

### c. Saldo financiero

Conforme extracto de Cuenta Corriente al 31 de octubre de 2005 la Institución tiene depositado en los siguientes bancos de plaza: BBVA, ABN y BNF la suma de Gs. 4.670.365.841.-

## **VI. GRATIFICACIONES A PROFESORES POR INTEGRAR TRIBUNAL EXAMINADOR**

El pago a docentes en concepto de *Gratificación por integrar Tribunal Examinador*, correspondiente al año académico 2004, se llevó a cabo el presente ejercicio fiscal; alcanzado la suma de G.67.843.000.-

## **VII. BIBLIOTECA**

En las Bibliotecas de las Secciones Caacupé y Quiindy, por Resolución del Decano de la Facultad, se autoriza a realizar traslado de 30 ejemplares de diversos títulos desde la Biblioteca Carlos Antonio López, respectivamente dicha cantidad a cada Sección.

En la galería de la Biblioteca Carlos Antonio López se procede a la entrega de libros a los Directores de las Filiales de Coronel Oviedo, San Juan Bautista y Pedro Juan Caballero, ocasión en que se hace entrega de 328 libros respectivamente a cada Filial.

A la fecha, la Administración de la Facultad está realizando los trámites pertinentes al llamado a Concurso de Ofertas para la adquisición de libros. Conforme listado de textos a adquirir, se tiene previsto la adquisición de textos para la Sede Central, Secciones, Filiales, y Biblioteca de la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas.

La Biblioteca Carlos Antonio López, cuenta actualmente con más de 12.000 volúmenes, de las diferentes carreras y ramas de estudio, como así también de los cursos de postgrado en didáctica universitaria y doctorado. Por resolución del Consejo Directivo se autoriza el traslado de la Biblioteca Juan José Soler a la Sede Central, de manera a acrecentar la bibliografía existente.

## **VIII. CONFERENCIAS**

El Decano y el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, han presentado sus auspicios para Conferencias Magistrales dictadas por expositores extranjeros:

### **Visita de la corte interamericana de derechos humanos**

La CIDH, institución autónoma de la OEA, en su “XXVI Período Extraordinario de Sesiones”, que por primera vez sesionó fuera de su sede que funciona en San José – Costa Rica, visita histórica y trascendental para el Paraguay. Este organismo juntamente la Corte Suprema de Justicia y las autoridades de los demás poderes del estado, mantuvieron reuniones protocolares. Se realizaron audiencias públicas en el Salón Auditorio del Poder Judicial, que fueron declaradas de interés académico.

En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA estamparon su firma en el Libro de Visitantes Ilustres, posteriormente el Presidente Dr. Sergio García Ramírez, desarrolló una conferencia magistral. Al término de la misma se procedió a la firma de un Convenio de Cooperación Institucional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Se destacó la presencia del Señor Rector de la Universidad Nacional, Prof. Ing. Agr. Pedro Gerardo González y el Vice Rector Prof. Arq. Amado Franco Navoni, entre otros distinguidos invitados.

El Dr. Sergio García Ramírez y el Secretario Dr. Pablo Saavedra, Presidente y Secretario de la CIDH recibieron sendos reconocimientos por parte del Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea.

### **Visita del Sr. Carlos Blumberg**

Bajo la coordinación del Prof. Dr. Rafael Fernández Alarcón, se llevó a cabo una conferencia en el Aula Magna de la Facultad, sobre temas que hacen a la inseguridad que vive el país y la región.

## **IX. CONGRESOS**

Además de lo precedente, El Decano y el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, han presentado sus auspicios, para el Encuentro Regional sobre la Reforma Judicial, Derechos Humanos y prevención de la corrupción en el MERCOSUR, organizado por INECIP – Paraguay y bajo la coordinación del Prof. Dr. Marcos Kohn Gallardo.

## **X. CREACIÓN DE LA FILIAL SAN PEDRO DEL YKUAMANDYJU**

En Acta 03/2005 del Consejo Directivo de la Facultad y homologado por Resolución No. 115-00-2005 del Consejo Superior Universitario, se aprueba la apertura de la Filial de San Pedro del Ykuamandyju. Esta Filial, funcio-

na en el Campus de la U.N.A. ubicado en el centro de la ciudad, donde se tiene prevista la construcción del local en etapas, primeramente la estructura de las oficinas administrativas y académicas; posteriormente las aulas. Actualmente se lleva a cabo el Curso Probatorio con aproximadamente 50 alumnos, cuyas clases se desarrollan provisoriamente en las aulas de la Facultad de Agronomía.

Se destaca, el apoyo de las autoridades locales, quienes han comprometido su aporte y apoyo para la construcción de esta filial, así como el listado de profesionales Abogados de la zona que podrían prestar servicios a la nueva Institución.

## **XI. CURSO PROBATORIO Y EXAMEN DE INGRESO – AÑO 2005**

El CPI 2005 a las carreras que ofrece la Facultad, se habilitó en el mes de diciembre 2004, para la sede central, filiales y secciones. En la sede central se habilitó el turno mañana con una cantidad importante de alumnos.

Como todos los años se conformó un Comité de Admisión, presidido por el Señor Decano de la Facultad, también lo conforman Miembros del Consejo Directivo, el Director del Curso Probatorio de Ingreso y como organismo auxiliar los jefes de áreas.

También se llevó a cabo, en acto público y con la presencia de invitados especiales, el sorteo de las preguntas del Examen de Ingreso.

La organización de este evento, se destaca en el presente informe, pues, la cantidad de postulantes a todas las carreras que ofrece la Facultad, alcanzó el total de 2780.

### **AUTORIDADES DE LA FACULTAD**

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea, Decano

Prof. Dr. Antonio Fretes, Vicedecano

### **MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO**

Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión, Consejero Docente

Prof. Dr. Amelio Calonga Arce, Consejero Docente

Prof. Dr. Raúl Torres Kirmser, Consejero Docente

Prof. Dr. Fernando Raúl Barriocanal Feltes, Consejero Docente

Prof. Dr. Eric María Salum Pires, Consejero Docente

Prof. Dr. Fausto Portillo, Consejero Docente de la Facultad y ante el Consejo Superior Universitario

Abog. Alcides Delagracia, Consejero no Docente de la Facultad y ante la Asamblea Universitaria  
Abog. Javier Antonio Villamayor, Consejero no Docente  
Univ. Ignacio Dellavedova, Representante Estudiantil  
Univ. Carlos María Aquino, Representante Estudiantil  
Univ. Camilo Benítez, Representante Estudiantil

### **MIEMBROS SUPLENTE**

Prof. Dr. Adolfo Paulo González Petit, Representante Suplente Docente  
Prof. Dr. Enrique Cantero, Representante Suplente Docente  
Abog. Elber Caballero, Representante Suplente no Docente  
Abog. Evelio Vera Brizuela, Representante Suplente no Docente  
Univ. Luis Esquivel, Representante Estudiantil Suplente  
Univ. Oscar Forestieri, Representante Estudiantil Suplente  
Univ. Mónica Bogarín, Representante Estudiantil Suplente

### **SECRETARIO GENERAL**

Prof. Abog. Víctor Alfonso Fretes Ferreira.



## **DICTAMEN DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE DERECHO PÚBLICO**

Asunción, 7 de noviembre de 2005

### **SEÑOR DECANO:**

El Instituto de Derecho Público cumple en dirigirse a Ud. a los efectos de expresarle cuanto sigue:

Que por providencia del señor Decano de fecha 21 de octubre de los corrientes se nos ha corrido traslado de la nota presentada por la Corte Suprema de Justicia, por intermedio del ministro *Miguel Oscar Bajac Albertini*, solicitando la opinión del Instituto sobre la “Prejudicialidad Administrativa en el Proceso Penal, a fin de aclarar dudas y lagunas legislativas, sobre un tema que ha causado bastante controversia en el ámbito jurídico” (sic).

Consignamos a continuación el pronunciamiento del Instituto, con la debida aclaración de que se ha centrado la investigación y el enfoque del tema sobre “La Prejudicialidad del pronunciamiento de las Administraciones Tributarias del Estado para la persecución y la sanción penal de la evasión tributaria”, por lo que hemos de dar inicio a nuestro dictamen con este acápite.

### **LA PREJUDICIALIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS DEL ESTADO PARA LA PERSECUCIÓN Y LA SANCIÓN PENAL DE LA EVASIÓN TRIBUTARIA**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

Conviene aclarar como punto de partida, que nuestra incursión en esta temática arranca, a decir verdad, con la participación que han tenido miem-

bros del Instituto en la XIX Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario llevado a cabo en Lisboa-Portugal, en el mes de octubre de 1998, donde se trató el tema “La criminalización de las infracciones fiscales”, donde la representación paraguaya, en realidad, se verificó por intermedio de “La Asociación Paraguaya de Estudios Administrativos y Fiscales”, de la cual también son miembros los del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Este capítulo es el que también se conoce como el Derecho Penal Fiscal o el Penal Tributario, a tal punto, que la profusa bibliografía en este ámbito registra importantes obras con estos títulos, en especial, el del Penal Tributario.

Otros reconocidos tratadistas y autores, sin embargo, se inclinan por la denominación de ilícito tributario. En esta corriente se registran, por ejemplo, las actualísimas obras de los argentinos *Lilian Gurfinkel de Wendy* y *Eduardo Angel Russo* y la del uruguayo *Federico Berro*; la primera de estas obras con la denominación “Ilícitos Tributarios en las Leyes 11683 y 23771”, 3ª Edición actualizada, edición Depalma de Bs. As., Argentina, año 1993, y la segunda bajo el título: “Los ilícitos Tributarios y sus sanciones”, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª Edición, año 1995, Montevideo, Uruguay.

Por nuestra parte, también expresamos nuestra preferencia por la denominación de ilícitos tributarios, fundados en lo que a continuación vamos a consignar:

## II. LA ILICITUD TRIBUTARIA

En el examen de la ilicitud tributaria, tanto en su contenido como en sus características esenciales acotamos, ya en esta parte, que nos encontramos con la sanción y promulgación de un nuevo Código Penal en el Paraguay, aprobado por Ley de la Nación de fecha 26 de noviembre de 1997.

A más de este trascendental acontecimiento que implica la vigencia de un nuevo Código Penal, que va a sustituir al añoso – aunque meritorio por ser uno de los pocos de autor paraguayo – del codificador nacional Don *Teodosio González* del año 1914, nos encontramos con la novedad de que (el nuevo Código Penal) incluye entre los *delitos contra el erario, el castigo*, con la pena de privación de libertad por la evasión de impuestos.

Pero ocurre, que el tratamiento de la cuestión de la pena de privación de libertad a la evasión de impuestos, nos lleva, inexorablemente, a incursionar en una cuestión que debe ser siempre examinada con mucho cuidado: el ilícito tributario que importa *el incumplimiento de las normas tributarias en su contenido vario*: a) el sustantivo tributario, esto es, la obligación principal, la *obligación tributaria*; y b) el adjetivo tributario, que conforma el campo de las obligaciones formales o accesorias en su amplia gama, que rodean a la obligación principal y coexisten con ella, antes, durante o después de su realización o cumplimiento.

En la primera de ellas, la conducta antijurídica ataca al núcleo vital de la relación jurídica tributaria, que es, la entrega de la prestación pecuniaria debida al Estado y en la segunda, esa conducta atípica o trastornadora de la ley, conculca el ámbito del cumplimiento de los deberes formales, sin producir, en realidad, lesión al erario público.

Esta disección que refiere el contenido del ilícito tributario en el Derecho, por sus características esenciales importa, ineludiblemente, la *autonomía* del Derecho Tributario, aun reconociendo su a veces íntima relación con otras ramas del Derecho, en especial con el Derecho Penal, en esta parte, en tanto se refiere al conocimiento y sanción de una conducta antijurídica.

Es por ello y habida cuenta de que el ilícito tributario embebe el incumplimiento de las normas tributarias en su contenido vario como ya lo inferimos más arriba, es que preferimos utilizar la terminología *ilícito tributario*, por cuanto el término “ilícito” *engloba todas las conductas antijurídicas en el ámbito tributario*, con lo cual se evita, de inicio, su desdoblamiento en *delitos*, figura propia del ámbito penal (*Lilian Gurfinkel de Wendy y Eduardo Angel Russo* sostienen esto mismo en la página 3 de su libro “Ilícitos Tributarios”).

En lo que respecta al Derecho Penal Tributario y en especial, al juzgamiento de la conducta antijurídica por incumplimiento de obligaciones tributarias, tipificadas como delito o hecho punible, es preciso tomar conciencia, sobre todo por parte del juzgador de que “*la definición de Derecho Penal Tributario presupone no solo el conocimiento del Derecho Penal sino también del Derecho Tributario en forma inexcusable*” (*Luis Gracia Martín* en su obra sobre Derecho Penal Tributario citado por *Vicente Oscar Díaz* en su obra “La Falsedad del Derecho Tributario en la Dogmática Penal”, Bs. As. 1992, Pág. 150)

Esta punzante y definitoria posición del Dr. *Vicente Oscar Díaz* uno de los más consagrados tratadistas en materia procesal penal tributaria, conlleva a sostener que primariamente se debe analizar las características del ilícito tributario y aproximarnos a su naturaleza para lo cual se debe partir, en primer lugar, de un examen del bien jurídico protegido, a lo que haremos referencia a continuación:

a) Para los que se enrolan en una *tendencia penalista*, la facultad de recaudar los tributos constituye un derecho pecuniario del Estado destinado a integrar el patrimonio social, por lo cual, las infracciones fiscales importan lesiones patrimoniales de naturaleza análoga a la del Derecho Penal común. En esta escuela se alinea, por ejemplo, el reconocido tratadista español Sainz de Bujanda, al sostener que la infracción tributaria es idéntica a cualquier otro tipo que lesione el bien jurídico de la comunidad y que se sanciona con una pena.

*García Belzunce* va más aún, al sostener que el ilícito tributario lesiona la seguridad de los individuos y de la sociedad al igual que el ilícito penal común.

b) Para la *escuela tributarista* la diferenciación del bien jurídico protegido permite separar al ilícito tributario del delito común.

En este punto, en la página 57 de su libro “Régimen Penal Tributario” *Héctor Villegas* ya plantea la distinción entre la infracción tributaria y el delito común: 1) la diferencia sustancial entre delito y contravención; y 2) el carácter contravencional y no delictual de la infracción tributada, para agregar en la siguiente página que “el legislador cuando establece que determinadas acciones u omisiones serán infracciones y darán lugar a una sanción en una ley tributaria no está inspirado por el principio ético- jurídico, sino que persigue, principalmente, una finalidad: *asegurar la recaudación de los recursos que corresponden al Estado y mediante las cuales persigue fines fiscales y extrafiscales.*

En la misma posición, el reconocido administrativista *Goldsmithdt* enfatiza: “que en tanto el derecho Penal tiende a reprimir infracciones consideradas violatorias de deberes morales, el Derecho Penal Administrativo (y en su vertiente el Tributario) solo procura eliminar las trabas de la realización del bien público siendo la pena una reacción de la Administración Pública contra el particular que no colabora en sus propósitos”. Debe entenderse que

la expresión de Goldsmithcht se dirige, en este caso, a la *Administración Tributaria*.

El gran maestro *Giuliani Fonrouge*, por su parte infiere que: “el pago de los tributos es esencial para el mantenimiento del Estado y por tanto sostiene – con la sencillez y autoridad de este gran tratadista – que: “las sanciones fiscales derivan del propio poder tributario estatal”.

La opinión del Instituto, en esta parte, se inclina a sostener la autonomía orgánica disciplinaria y didáctica del Derecho Tributario, lo cual hace que el *ilícito tributario* tenga estructuras jurídicas distintas y diferenciadas del Derecho Penal, aunque huelga reconocer su vinculación con éste en razón de que se admite, excepcionalmente, que además de la sanción administrativa tributaria, la inconducta traiga aparejada una sanción penal de privación de libertad.

Esta autonomía conceptual es la que permite y autoriza a definir determinadas figuras jurídicas en términos particularmente específicos y que son propios de la materia, que aún reconociendo el vínculo del Derecho Tributario con el Derecho Penal, por aquello de que todo sistema tributado tiene un capítulo de ilicitudes tributadas que conforma el penal tributario o penal fiscal, que castiga o sanciona conductas antijurídicas violatorias de la normativa tributaria, con objetivo o finalidad resarcitoria, reparadora, represiva y hasta se podría decir aleccionadora, tiene fórmulas e institutos definidos y de tratamiento diferenciado, las que consignamos a continuación:

- a) la competencia generalmente reconocida a la Administración Tributaria para el juzgamiento y sanción en la sede administrativa, de las ilicitudes tributarias;
- b) la aplicación de la sanción prevista en la norma tributaria como consecuencia y resultado de un sumario administrativo previo, con las reglas y las garantías del debido proceso;
- c) la previsión de recursos y acciones administrativas y jurisdiccionales para el control de la legalidad y legitimidad de las resoluciones administrativas;
- d) la imputabilidad y responsabilidad en el ilícito tributario de las personas jurídicas;
- e) la permisibilidad de la pluralidad de sanciones previstas y autorizadas por las normas tributarias;
- f) la admisión del error de derecho excusable o eximente de responsabilidad;

g) la inversión de la carga de la prueba en cuanto a la intencionalidad de la conducta antijurídica.

Estas premisas de caracterización, prevención y precisión ineluctable son las que han llevado a sostener al ya citado tratadista argentino *Vicente Oscar Díaz* en su preanunciado libro “Del hecho tributario en la dogmática penal”, página 1 bajo el acápite Conceptos Generales: “que los problemas que ocupan al delito tributario se basan en el difícil e inexcusable ensamble del sector jurídico tributario y del penal respectivamente, y de cuya interdependencia se derivan los propios tipos penales” (*A. Fernández Albor*, estudios sobre criminalidad tributaria, Bosch, Barcelona). De ahí que para tipificar las conductas disvaliosas – prosigue *Vicente Oscar Díaz* – es forzoso remitirse a conceptos jurídicos propios del Derecho Tributario, *con lo cual los delitos de dicha especialidad, llevan dentro de sí, todos los problemas interpretativos de la problemática tributaria.*

No es posible ignorar, por consiguiente, que para el juzgamiento como delito o hecho punible del ilícito tributario, no puede soslayarse el examen, tipificación y concurrencia del hecho imponible, la generación de la obligación tributaria, la determinación de la obligación tributaria, sobre base cierta o presunta, la base imponible, la alícuota; lo cual, significa adentrarse íntimamente en la exégesis del tributo y por ende del ilícito tributario. Estas voliciones, abstracciones, cálculos, hipótesis y aun decisiones son innegablemente propias de la Administración Tributaria que tiene las potestades legales para ello.

Abona esta sustentación lo expresado por *Lilian Gurfinkel de Wendy y Eduardo Angel Russo* en la pág 41, del libro “*Ilícitos Tributarios*”: “*A los fines de la interpretación de las normas tributarias penales, habrá que atender en primer término al hecho de que estamos en la esfera del Derecho Tributario, que en virtud de su autonomía responde a principios que le son propios*”.

Es por todo esto que nos adelantamos ya en esta parte a sostener el principio de la intervención mínima del Derecho Penal en la persecución del ilícito tributario o delito tributario o el hecho punible derivado del mismo.

Y al decir de *Juan Del Rosal* (“*Ideas sobre la Aplicación de los Principio del Derecho Penal a las Cuestiones Tributarias*”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1962) “*que se requiere conocer constitutivamente en la misma forma el injusto penal y el injusto tributario penal cuando el Derecho*

*Penal acude en apoyo del cumplimiento de lo tributario*” por ser ésta la única forma en que el aparato coactivo penal se enfila con rigorismo científico hacia la finalidad perseguida por el Derecho Tributario.

Tal advertencia nos permite ya adelantar una alerta en el sentido de que el delito fiscal y su juzgamiento penal no deben constituirse en amparo de un irracional sistema tributario o de un desmesurado afán recaudatorio a todo trance, haciendo abstracción de las condiciones económicas imperantes en el país.

Por lo demás, sería un absurdo lamentable e inadmisibles subvertir el sistema penal, *direccionándolo hacia un objetivo recaudatorio* o de caja, desviándolo de su real y lógica finalidad de represión y castigo por conductas antijurídicas lesivas a bienes y valores de la comunidad.

### III. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA EVASIÓN TRIBUTARIA EN EL CÓDIGO PENAL

Ya habíamos referido en los arranques de este dictamen, que el nuevo Código Penal paraguayo nos trae la novedad de la criminalización del ilícito tributario con la tipificación y castigo, como *hecho punible contra el orden económico y tributario* (Título VI en el Capítulo II bajo el acápite “Hechos punibles contra el erario”, artículo 261), a la evasión de impuestos.

Conviene resaltar –prima facie– que el Código Penal Paraguayo, en realidad no castiga la evasión tributaria en su amplia gama, partiendo del conocimiento básico del tríptico tributario que caracteriza al tributo en su clasificación y caracterización en impuestos, tasas y contribuciones, cuya prevención, si bien es elemental, de repente puede pasar desapercibida, soslayada o desconocida. Esto es, que el Código Penal no castiga la evasión del tributo llamado *tasa*, así como la denominada *contribución*, sino única y exclusivamente: la EVASIÓN DE IMPUESTOS.

El precitado art. 261 del Código Penal expresa:

“*Evasión de Impuestos.*

1º) El que:

1. proporcionara a las oficinas perceptoras u otras entidades administrativas datos falsos o incompletos sobre hechos relevantes para la determinación del impuesto;

2. omitiera, en contra de su deber, proporcionar a las entidades perceptoras datos sobre tales hechos; o

3. omitiera, en contra de su deber, el uso de sellos y timbres impositivos, y con ello evadiera un impuesto o lograra para sí o para otro un beneficio impositivo indebido, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º) En estos casos, será castigada también la tentativa.

3º) Cuando el autor:

1. lograra una evasión de gran cuantía;
2. abusara de su posición de funcionario;
3. se aprovechara del apoyo de un funcionario que abuse de su competencia o de su posición; o
4. en forma continua lograra, mediante comprobantes falsificados, una evasión del impuesto o un beneficio impositivo indebido, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

4º) Se entenderá como evasión de impuesto todo caso en el cual exista un déficit entre el impuesto debido y el impuesto liquidado parcial o totalmente. Esto se aplicará aun cuando el impuesto haya sido determinado bajo condición de una revisión o cuando una declaración sobre el impuesto equivalga a una determinación del impuesto bajo condición de una revisión.

5º) Se entenderá también como beneficio impositivo recibir indebidamente devoluciones de impuestos.

6º) Se entenderá como logrado un beneficio impositivo indebido cuando éste haya sido otorgado o no reclamado por el Estado, en contra de la ley.

7º) Lo dispuesto en los incisos 4º al 6º se aplicará aún cuando el impuesto al cual el hecho se refiere hubiese tenido que ser rebajado por otra razón o cuando el beneficio impositivo hubiese podido ser fundamentado en otra razón”.

En un examen crítico del texto de la normativa, resulta indubitable, que los legisladores se han apartado en la conceptualización del hecho punible transcrito, de la tradición legislativa paraguaya en materia de ilicitudes tributarias, que subyace en los regímenes tributarios anteriormente vigentes en el país (ver trabajo presentado por el Dr. *Marco Antonio Elizeche* en la XIX Jornada del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Lisboa-Portugal. Libro 1. octubre de 1998. Pág 207) y por sobre todo, el contenido y carac-

terísticas del régimen infraccional de la Ley 125/91 de la Reforma Tributaria, que a nuestro juicio, debería haberse tenido en cuenta.

El sistema de ilicitudes de la Ley 125/91 (lo mismo que el de las leyes Tributarias del régimen anterior ya desaparecido) distingue la simple evasión (omisión) de la defraudación.

En efecto, en el art. 177 de la referida Ley 125/91 se tipifica la *omisión de pagos* como “todo acto o hecho no comprendido en los ilícitos precedentes, que en definitiva signifique una disminución de los créditos por tributos o de la recaudación. Será sancionada con multa de hasta el cincuenta por ciento (50 %) del tributo omitido y en lo que respecta a la defraudación consigna el art. 162: *Defraudación*. “Incurrirán en defraudación fiscal, los contribuyentes, responsables y terceros ajenos a la relación jurídica tributaria que con la intención de obtener un beneficio indebido para si o para un tercero realizaren cualquier acto, aserción, omisión, simulación, ocultación o maniobra en perjuicio del fisco”. La multa para la defraudación es de 1 a 3 veces la del impuesto dejado de pagar.

Como se observa, la omisión, que es la simple evasión, es sencillamente el no pago parcial o total del tributo adeudado y tiene una multa inferior a la defraudación. La defraudación, sin embargo, es más grave. Podría decirse que se trata de una evasión calificada, en tanto en ella, concurre el dolo, la intención manifiesta, pensada o deliberada de engañar al fisco, causándole un perjuicio económico financiero, con el objeto de obtener un beneficio indebido.

Atento a la precedente aclaración, es posible inferir que en el apartado 1 del artículo 261, se confunde la evasión de impuestos con la defraudación. La aportación de datos falsos que ahí se refiere configura DEFRAUDACIÓN. En cuanto a los *datos incompletos* o cuando no se proporcionan informes o datos a la Administración, configura el incumplimiento de un deber formal, o sea es una simple CONTRAVENCIÓN o FALTA ADMINISTRATIVA.

Igual referencia y crítica vale para el apartado 2 inciso 1) “la omisión de proporcionar datos” es también incumplimiento de un deber formal.

En el apartado 3º, la *omisión del uso de sellos y timbres*, los legisladores no tuvieron en cuenta que con la previsión de la Ley 125/91 de la supresión de varios hechos imponible del impuestos a los actos y documentos del Libro IV, este impuesto se halla totalmente mutilado y el contribuyente ni el Estado ya no usan ni sellos ni timbres.

En el apartado 3º inciso 2) “abuso de su posición de funcionario” y el inciso 3 “con apoyo de un funcionario”, son situaciones que deberían pasar a formar parte de los delitos contra la Administración Pública o contra la función pública, dado que se cometen por funcionarios públicos en incumplimiento de sus deberes y obligaciones legales y en el inciso 4 de este apartado, se habla de la *utilización de comprobantes falsificados para evadir en forma continua*. Esto configura, típicamente, un FRAUDE o DEFRAUDACIÓN FISCAL, así definida por la Ley 125/91 de la Reforma Tributaria y no una simple evasión de impuestos.

Pero la parte medular de la conceptualización del hecho punible se legisla en el punto 4º, cuando define a la *evasión* como un déficit entre *el impuesto debido y el impuesto liquidado*.

Como comentario a esta ligera conceptualización de la evasión de impuestos de los legisladores, decimos que los impuestos se pagan por declaración jurada y este pago, que constituye una autoliquidación o autodeterminación no es definitivo, está sujeto al control de la Administración por el término de prescripción (5 años).

Por otra parte, la determinación de la obligación tributaria (liquidación) no es tampoco definitiva. Es revocable por el Fisco en cualquier tiempo, dentro del período de prescripción (5 años) a favor o en contra del contribuyente. (artículo 216 de la Ley 125/91).

Además de estas graves asimetrías señaladas en este artículo 261 del Código Penal, el Instituto de Derecho Público considera que esta penalización se expone a la conculcación y violación del principio constitucional del artículo 13 “De la no privación de la libertad por deudas” que expresa: “No se admite la privación de la libertad por deudas, salvo mandato de autoridad judicial competente dictado por incumplimiento de deberes alimentarios o como sustitución de multas o fianzas judiciales”. Nótese que la Constitución Nacional no autoriza la pena de libertad por deudas en sustitución de multas o fianzas ADMINISTRATIVAS, en tanto solo la autoriza como sustitución de multas o fianzas JUDICIALES.

Conviene advertir, sin embargo, que es admisible la criminalización y el castigo con la pena de privación de libertad a las evasiones calificadas, ya sea por el monto, cuando para su realización se recurre al engaño o la conducta dolosa, o en el caso del contrabando que importa un grado de peligrosidad y criminalidad incuestionable y grave, así como la que se realiza con inter-

vencción, ayuda o connivencia del funcionario público, que se vale de su cargo y lo utiliza para ello, todo esto, con sustento de la doctrina internacional prevalente y el derecho y la legislación comparada.

Pero, asumida la legítima admisibilidad del proceso y juzgamiento en la sede administrativa del ilícito tributario y por ende de la evasión de impuestos, obviamente, un juzgamiento en el ámbito penal, que se lleve a cabo con intervención casi exclusiva del Ministerio Público, esto es por los fiscales, expone a vulnerar el principio constitucional “NON BIS IN IDEN”, previsto en el artículo 17 inciso 4) de la Constitución Nacional, que expresa entre las garantías de la defensa en juicio: “que no se le juzgue más de una vez por un mismo hecho”, sobre todo al no precaver la prejudicialidad de las actuaciones en sede administrativa, capítulo éste al cual, dedicaremos una especial atención en cuanto consideramos que es el eje central de la cuestión que motiva la consulta.

#### **IV. LA PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA PARA EL JUZGAMIENTO PENAL DE LA EVASIÓN TRIBUTARIA**

Antes de entrar propiamente en materia, en este tramo del estudio y dictamen que nos han solicitado, conviene decantar conceptualmente *la prejudicialidad*.

El Diccionario Enciclopédico de derecho usual de *Cavanellas* consigna sobre la expresión *prejudicial*: “que requiere decisión previa al asunto o sentencia principal. De examen y decisión preliminar referido a ciertas acciones y excepciones (verbigracia acción. cuestión y excepción prejudicial; fórmulas prejudiciales, pre-procesales)”.

El Prof. *Gonzalo Fernández de León* en su diccionario jurídico expresa refiriéndose al término: “prejudiciales”, “lo que requiere decisión anterior o previa a la sentencia en lo principal. Dícese también de las cuestiones procesales que paralizan la acción, cuya solución debe ser resuelta previamente con relación a la cuestión de fondo”.

El desarrollo conceptual de estos dos diccionarios jurídicos cuyos autores son de reconocida autoridad, coinciden en señalar que la *prejudicialidad* en materia jurídica, consulta un pronunciamiento, decisión o solución previa al tratamiento de una cuestión de fondo que se halla estrechamente ligada con la misma (la prejudicialidad), a tal punto, que de no producirse y hasta tanto no se manifieste o exprese (el pronunciamiento, la decisión o la

solución previa), paraliza, traba u obstaculiza toda acción, procedimiento o trámite en la instancia o proceso que deba o se esté llevando a cabo, en la cuestión de fondo.

En el capítulo que desarrollamos anteriormente sobre la ilicitud tributaria ya habíamos adelantado la opinión del Instituto, en el sentido de precorinar la autonomía orgánica, disciplinaria y didáctica del Derecho Tributario, lo cual hace que el ilícito tributario tenga estructuras jurídicas y connotaciones distintas y diferenciadas de las del Derecho Penal.

En respaldo de esta aseveración transcribimos en esta parte, lo que contundentemente se consigna en la página 3 del ya citado libro de *Vicente Oscar Díaz*: “La Falsedad del Hecho Tributario en la Dogmática Penal”, que desnuda la patética situación que atraviesa EL PROCESO PENAL TRIBUTARIO ARGENTINO, y donde se expresa: “Mientras tuvo existencia física el gran maestro y reconocido penalista *Sebastián Soler*, existió conciencia del principio de intervención mínima del Derecho Penal con relación a su aplicación en el campo tributario, sobre lo cual Soler abogó, en especial en una mesa redonda convocada por la Asociación Argentina de Derecho Fiscal del año 1978. Con la ausencia física de este maestro – prosigue *Vicente Oscar Díaz* – los *fundamentalistas de la criminalización tributaria* entendieron estar autorizados a considerar lo penal a modo de panacea contra todos los males y creen que aumentando la dosis de sanción aquéllo termina. Esto no ocurrió sin embargo, y mucho menos, de modo decisivo y definitorio ha resuelto los problemas planteados. Aún los más, destacados penalistas y estudiosos de la ciencia política hablan de la fragilidad e insuficiencia del sistema (ver *Antonio Rau* “Problema Fiscali di Evasione”. Milano. Italia., Ibis “Los Elementos Subjetivos del Delito. Base Metodológica”. Titant Lo Blanch. 1990. Valencia. España”).

Es bueno recalcar aquí que estamos abundando en consideraciones sobre EL CASO ARGENTINO, por cuanto en virtud de las Leyes 11683 y 23771, se ha pasado de la prejudicialidad tributaria que ha sido derogada a sustituirla por la prejudicialidad penal, olvidando que la prejudicialidad tributaria ha sido creada para salvaguardar la especialidad de los impuestos y sus complejos mecanismos de recaudación. “Por lo tanto – expresa *Díaz*– la abolición de ésta y su reemplazo por un simple informe técnico evaluatorio, otorga a los fiscales y al juez penal *no integrantes de un verdadero fuero especializado* la carga de difíciles y gravosas investigaciones que en realidad pertenecen a la administración.”

Pero es mucho más preocupante aún lo que en la pág. 217 del mentado libro consigna *Vicente Oscar Díaz*: “Si al comienzo de este trabajo anticipamos la opinión de *Pérez Royo* acerca de que procedimientos de este tipo están emparentados con el *Terrorismo Fiscal*, la experiencia ha resultado exceder en nuestro país tal predicción autoral, para transformarlo en un verdadero *Estado de Sitio Tributario* donde la ley es usada criminalmente en reemplazo de etapas administrativas de verificación de los hechos tributarios, con sinnúmeros de allanamientos solicitados por la autoridad fiscal a los jueces competentes; procedimientos de dudoso resultado final pero que han cumplido el fin de amedrentar a la población con un método no muy ortodoxo. Se quiere entender que lo penal es la panacea, olvidando que ello es la ultima ratio de la vida en una sociedad de derecho”.

En este discurrir sobre el tema, incursionando en la *realidad argentina*, nosotros agregamos, por nuestra parte, que este desviado sistema jurídico penal fiscal argentino *ha soslayado la premisa básica de que no existe delito fiscal si no ha mediado la determinación impositiva que consigne la configuración definitiva del mismo*.

En una muy breve incursión sobre el procesal penal tributario en la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, vamos a adentrarnos en el libro “*Los ilícitos tributarios y sus sanciones*” de uno de sus más lúcidos exponentes, el Prof. *Federico Berro*. En la pág. 71 de la citada obra se transcribe el art. 110 del Código Tributario Uruguayo que expresa: “El que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, será castigado con 6 meses de prisión a 6 años de penitenciaría. Este delito se perseguirá a denuncia de la Administración Tributaria, mediando resolución fundada”.

Este reconocido tratadista al comentar este artículo y el juzgamiento correspondiente considera que puede constituir una lesión al principio “non bis in idem” al expresar (pág. 76): “Como surge de lo anterior es posible –y se ha dado en numerosos casos– un doble juzgamiento de los mismos hechos que son castigados por la Administración con multas y también por la justicia penal”.

“Entendemos inadecuada la solución dualista del derecho uruguayo recién comentada –prosigue *Federico Berro*– por cuanto implica someter una misma figura ilícita a la jurisdicción simultánea de dos órganos distintos.

Culmina *Berro* aconsejado: “La única solución lógica es considerarla una sola infracción y someterla a la competencia de un único órgano”.

Por nuestra parte nosotros estimamos que la vulneración del principio “non bis in idem” puede obviarse con la previsión de la prejudicialidad de la actuación y el pronunciamiento administrativo, lo cual no se halla previsto en el Código Tributario Uruguayo.

En una última andadura sobre el proceso penal tributario en América Latina, haremos referencia a la SITUACIÓN EN BOLIVIA, gracias a un hermoso material que nos ha proporcionado nuestro distinguido colega Presidente del Instituto Boliviano de Estudios Tributarios, el Prof. Dr. *Alfredo Benítez Rivas*, sobre un pronunciamiento de esta entidad sobre el proyecto de ley de Código Tributario que fuera sancionado en agosto del 2003 como ley N° 2492.

Considera el Dr. *Benítez Rivas* y su grupo de trabajo que: “el nuevo Código Tributario Boliviano transgrede principios constitucionales y otras normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, en tanto ha dado a la relación jurídica tributaria un contenido no de relación jurídica sino de “relación de poder”, y en el caso específico que nos ocupa, subsiste el peligro de la vulneración del principio “non bis in idem”, por lo que en la parte de las propuestas el referido pronunciamiento del Instituto Boliviano de Estudios Tributarios, hace hincapié en:

1) Adopción de la figura del delito tasado en función al mayor o menor daño económico causado al Estado por aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas.

2) La especialización en materia penal tributaria, ya que para entender la criminalidad tributaria hay que comprender inexcusablemente los presupuestos jurídicos y técnicos del fenómeno impositivo y no necesariamente los preceptos del derecho penal común.

3) La prejudicialidad tributaria constituye el mecanismo procesal más idóneo para la justa resolución de los conflictos entre Fisco y contribuyente, ya que ello presupone una conexión entre la materia penal y otros aspectos de carácter técnico, jurídico, tributario, contable, que deben ser resueltos previamente a la decisión penal, ya que *el juez no puede prescindir de la valoración técnica y legal practicada por la Administración Tributaria*.

El jurista *César Luna Y Victoria León* y legión de tributaristas, prosigue *Benítez Rivas* y el Instituto Boliviano de Estudios Tributarios, coinciden

en que la *prejudicialidad tributaria* es la mejor garantía para los contribuyentes contra acciones penales abusivas y desmedidas”.

En el caso de nuestro país y aún tomando como válido lo que habíamos calificado de ligera conceptualización de la evasión de impuestos del punto 4 del artículo 261 del Código Penal, cuando define la *evasión* “como un déficit entre el impuesto debido y el impuesto liquidado” huelga la pregunta en el supuesto de la instauración e iniciación del proceso penal por la evasión: Quién realizará el cálculo y la verificación entre el déficit del impuesto debido y el impuesto liquidado? Lo hará el fiscal interviniente? Está preparado y por sobre todo autorizado para ello? Contratará para el efecto a un perito? Lo hará el juez del proceso llámese de garantía o de sentencia? Se halla preparado técnicamente y autorizado legalmente para ello? O contratará también algún perito o experto?

Es debido a estas interrogantes que necesariamente debemos inferir, lo que basamenta la ineluctable e insoslayable necesidad del pronunciamiento previo de la Administración Tributaria en cuanto es de su propia incumbencia, materia y autoridad el conocimiento y esclarecimiento, en toda su plenitud de todo cuanto hace a la problemática Tributaria, lo cual no puede desvincularse, en manera alguna, del ilícito tributario, esto es, de la conducta antijurídica violatoria de la obligación tributaria, sea sustantiva o principal, o accesoría o formal.

Es bueno hacer hincapié en esta parte, que acertadamente, el también nuevo Código Procesal Penal en el Capítulo V *Incidentes y Excepciones*, artículo 327, reconoce y admite la prejudicialidad al consignar: “art. 327. Cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial procederá cuando sea necesario determinar por un procedimiento extra penal la existencia de uno de los elementos constitutivos del hecho punible. La cuestión prejudicial podrá ser planteada por cualquiera de las partes ante el juez, por escrito fundado, y oralmente en el juicio. El juez tramitará la cuestión prejudicial en forma de incidente, y si acepta su existencia *suspenderá el procedimiento penal hasta que en el otro procedimiento recaiga resolución firme*, sin perjuicio de que se realicen los actos de investigación que no admitan demora”.

Consideramos determinante y valiosa esta disposición del Código Procesal Penal en esta cuestión in examine, (sobre todo en ausencia de una ley especial que consagre la prejudicialidad administrativa en todos los casos), por cuanto, fundado en esta disposición va a ser posible transparentar y despejar lo que hace a las particularidades y características del ilícito tributario y

que no puede separarse de su concurrencia y de su propia existencia, como lo son:

a) La manifestación o realización del hecho imponible; b) la generación de la obligación tributaria;

c) La determinación (liquidación) de la obligación tributaria, lo cual importa: 1) la individualización del sujeto obligado; 2) la precisión del hecho imponible; 3) el cálculo o establecimiento del monto o cuantía del tributo lo cual debe incluir también, en su caso, los recargos, multas y accesorios;

d) El pronunciamiento de la autoridad administrativa competente, luego del examen y valoración de la situación de hecho y los documentos y demás elementos de convicción.

Estos son –a nuestro entender– los *elementos constitutivos del hecho punible* que como cuestión prejudicial es absolutamente necesario determinar por un procedimiento extra penal, tal como se señala en la primera parte del mentado artículo 327 del Código Procesal Penal.

Queremos citar aquí, como un *adelanto legislativo actualísimo* y muy relevante algunas disposiciones del nuevo Código Aduanero de la República Ley 2422/04 como las del artículo 1° sobre la función aduanera, en especial la última parte, el artículo 2° sobre la autonomía del servicio aduanero, los artículos 5° y 6° sobre la potestad aduanera y la sujeción a la potestad aduanera. No tienen desperdicio los artículos 261 y 262 de este nuevo Código Aduanero que legislan sobre la valoración aduanera y la potestad exclusiva de la Dirección Nacional de Aduanas para su realización, diligencia y pronunciamientos éstos que, incuestionablemente, DEBEN CONSTITUIR CUESTIÓN PREJUDICIAL.

Estas disposiciones además de otras correlativas son las que cimantan lo que meridianamente dispone el artículo 378 del nuevo Código Aduanero que transcribimos por considerarlo invalorable: “*Artículo 378.– Suspensión del término para la acción penal y en lo contencioso-administrativo.* Mientras duren los procedimientos del sumario administrativo, no correrá el término para el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que la autoridad aduanera informe al Ministerio Público, el inicio de los procedimientos instaurados por supuesta infracción fiscal aduanera”.

Más atrás habíamos señalado que la persecución penal de la evasión de impuestos podría ser admitida, “excepcionalmente”, cuando el perjuicio causado al Fisco es de elevada cuantía. Véase, en esta parte, lo que preconiza el

nuevo Código Aduanero en el artículo 345 donde legisla el contrabando de menor cuantía que se transcribe íntegramente: “*Artículo 345.– Contrabando de menor cuantía.* En los casos de contrabando de menor cuantía si el valor FOB de las mercaderías en infracción fuese inferior a US\$ 500 (quinientos, dólares americanos), se aplicará el comiso de la misma quedando exonerado el infractor de la responsabilidad penal”.

No tiene desperdicio, en esta parte, el artículo publicado en el diario ABC Color de los días domingo 29 de mayo y lunes 30 de mayo del año en curso, por el Dr. *Luis Manuel Andrada Nogués*, conocido y respetado experto en materia aduanera, por los largos años dedicados al servicio auxiliar de despachante aduanero, sobre la *valoración en Aduanas*, donde resalta el nuevo Código Aduanero en su art. 261 que dispone: “El valor en aduanas de las mercaderías importadas constituye la base imponible para la aplicación del impuesto aduanero resultante del examen y análisis de la declaración del interesado, conforme a lo establecido en los acuerdos internacionales vigentes y sus normas reglamentarias”, y el no menos importante art. 262 del citado código que dispone: “El control y la fiscalización de las mercaderías importadas serán *competencia exclusiva de la Dirección Nacional de Aduanas*, que los practicará a través de sus unidades técnicas, basándose en la declaración y documentación presentada por los interesados”.

Inserta Andrada Nogués como comentario a estas dos disposiciones del nuevo Código Aduanero transcriptas: “*Hoy día la Dirección Nacional de Aduanas, de conformidad al nuevo código, es una institución autónoma y es ella la única que debe intervenir en esta materia*”.

“El valor en Aduanas –prosigue *Andrada Nogués*– *es la columna vertebral sobre la cual se asienta todo el andamiaje jurídico de la tributación aduanera*”, diligencia que solamente puede ser realizada por la Dirección Nacional de Aduanas, en tanto por el nuevo Código Aduanero de la República es de su exclusiva competencia.

El mismo comentarista citado, *Luis Manuel Andrada Nogués*, en la columna Opinión del diario ABC de fecha 16 de setiembre de 2005, bajo el sugestivo título ACTUACIÓN IMPROPIA DE FISCALES Y JUECES, refiere: “Las continuas intervenciones de la Aduana, en la zona secundaria aduanera, controlando e incautando mercaderías de contrabando se ve las más de las veces, entorpecida por la actuación de fiscales y jueces, que ignorando el nuevo Código Aduanero, proceden en franca violación de las disposiciones legales en la materia. En el anterior Código Aduanero de 1985 no se contem-

plaba *la prejudicialidad* y cualquier intervención que realizaba la Aduana era interferida por los fiscales y jueces (muchos de ellos corruptos) liberando las mercaderías denunciadas y dejando a la Aduana desprovista de la posibilidad de iniciar el sumario administrativo correspondiente. Con el nuevo Código Aduanero (Ley N° 2422/04) las cosas cambian, o por lo menos deben cambiar. La Constitución Nacional de su art. 127 dispone que: “Toda persona está obligada al cumplimiento de la ley”, y los fiscales y jueces son los primeros que deben acatarla. El art. 14 del Código Aduanero expresa con absoluta claridad que: “En la Zona Secundaria, la retención o aprehensión de medios de transporte, unidades de carga y mercaderías en supuesta infracción aduanera, realizada por cualquier autoridad no aduanera, los mismos deben ser puestos a disposición de la autoridad aduanera de la jurisdicción en un plazo máximo de doce horas”.

Pero mucho más tajante aún es la cita que en este comentario vierte *Andrada Nogués*, de los arts. 339 y 340 que transcribe: art. 339: “En los casos de la comisión del delito de contrabando se procederá al comiso de las mercaderías y vehículos que la conduzcan y éstos responderán por el pago de los importes de los tributos fiscales correspondientes, de las multas y costas del juicio. Las mercaderías caídas en comiso y el vehículo por contrabando, *no podrán ser liberados antes de la conclusión del sumario administrativo* y el conductor del vehículo de transporte. Los responsables serán derivados a la justicia ordinaria. Art. 340: las autoridades aduaneras y, en su caso, LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES, no podrán disponer la entrega de los comisos, tanto en mercaderías como en medios de transporte o INTIMAR A LA ENTREGA DE LOS MISMOS A LAS AUTORIDADES ADUANERAS, salvo caso de afianzamiento real, bancario o de seguro, por los tributos fiscales y las multas”.

“Y esto es así, prosigue *Andrada Nogués*, porque el art. 378 del citado código es categórico al afirmar que: “*Mientras duren los procedimientos del sumario administrativo, no correrá el término para el ejercicio de la acción penal*, sin perjuicio de que la autoridad aduanera informe al Ministerio Público el inicio de los procedimientos”.

Esta disposición –remata *Andrada Nogués*– es demasiado lúcida para ser ignorada por quienes deben custodiar el cumplimiento de la ley.” Citán-dole al ilustre y recordado profesor Víctor B. Riquelme expresa: “El ilustre profesor Riquelme nos enseña en su libro que la cuestión prejudicial en materia penal es aquella cuestión civil o administrativa enlazada o vinculada a lo penal, que debe ser resuelta previamente en otra jurisdicción, para que pueda

promoverse juicio criminal. En este sentido, las *cuestiones prejudiciales constituyen obstáculos procesales*".

Reiteramos que este artículo de *Luis Manuel Andrada Nogués*, que en parte transcribimos por su contundencia y transparencia, realmente no tiene desperdicios.

Como *antecedente jurisprudencial en nuestro país* resaltamos el fallo del Tribunal del Crimen, Tercera Sala, A. I. N° 293 de fecha 16 de setiembre de 2004 y el de la Corte Suprema de Justicia, registrado como Acuerdo y Sentencia N° 148 de fecha 17 de marzo de 2005 en la inconstitucionalidad promovida contra aquel fallo, cuyas fotocopias agregamos a este dictamen.

El Instituto de Derecho Público considera que estos fallos constituyen un hito relevante en la consagración de la prejudicialidad administrativa para el juzgamiento y la persecución penal de la evasión de impuestos, que debe ser conocido, valorado y aplicado en sus conceptos medulares, así como en la prédica definitoria y consagratoria de dicho instituto en nuestro país, y que informa, por otra parte, que estamos en la buena doctrina y por sobre todo en la doctrina internacional prevalente.

En efecto, a más de las aseveraciones y propuestas de los autorizados y versados tratadistas y especialistas sobre el tema citados a lo largo de este trabajo, cabe agregar las instrumentales sobre ponencias y recomendaciones de seminarios y jornadas internacionales sobre el tema como lo son:

Lo que se sostuvo en la Tercera Jornada del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, llevada a cabo en San Pablo-Brasil-1962 de donde extractamos lo más resaltante:

– los ilícitos tributarios y sus sanciones deberán estar expresamente previstos en la ley tributaria.

– las sanciones tributarias deben ser de naturaleza tributaria. Solamente en casos excepcionales y de extrema gravedad pueden establecerse penas privativas de libertad y penas restrictivas de actividades y derechos

Las recomendaciones de la Primera Jornada Tributaria del MERCOSUR llevada a cabo del 27 al 29 de octubre de 1994 en Colonia del Sacramento-Uruguay, que ya ha sostenido que en la defraudación fiscal y su sanción se debe respetar y precautelar el principio "non bis in idem" y la concurrencia

del “daño patrimonial efectivo al erario”. Se considera violatorio del principio “non bis in idem” el doble juzgamiento.

Recomienda también que las sanciones previstas para prevenir la defraudación fiscal deban ser aplicadas por órganos jurisdiccionales especializados y que la acción sólo podrá iniciarse por resolución fundada de la Administración Fiscal (prejudicialidad administrativa).

Estas recomendaciones se reafirman en la XIX Jornada del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Lisboa-Portugal, 1998, de donde extractamos también las más resaltantes:

1. la sanción penal tendrá carácter de último recurso del Estado cuando este asegure a través de una legislación clara y precisa un control igualitario y general, así como la correcta gestión del gasto público.

3. la descripción de los tipos penales debe ajustarse al principio de reserva, y solo podrán incriminarse conductas dirigidas por un dolo específico que produzcan daño al bien jurídico protegido

7. se postula la especialización de los jueces encargados de la aplicación del Derecho Penal Tributario

8. la *determinación administrativa del tributo* deberá tener carácter previo a cualquier iniciativa de la Administración dirigida a abrir el proceso penal. La inactividad de la Administración *en ningún caso permitirá prescindir de este requisito*.

Esta última recomendación del punto 8 de la Jornada de Lisboa del año 1998 no es sino la consagración reiterada de la prejudicialidad del pronunciamiento administrativo para el juzgamiento penal de la evasión tributaria.

Señor Decano: atento a las consideraciones y fundamentaciones vertidas a lo largo de este trabajo, con los antecedentes legislativos del nuevo Código Aduanero, Ley 2422/04 puntualmente citados y transcriptos y los jurisprudenciales del Tribunal de Alzada y de la Corte Suprema de Justicia a los que hemos hecho mención, que consagran la prejudicialidad del pronunciamiento administrativo para el juzgamiento penal de la evasión tributaria, fundado en el contexto normativo del art. 327 del Código Procesal Penal, que sin lugar a dudas lo autoriza, el Instituto de Derecho Público estima que con estos antecedentes estamos en la buena doctrina, sobre todo la que sin objeción ni disentimiento alguno, es sostenida y preconizada por la doctrina internacional prevalente y el derecho y la legislación comparada.

Acompañamos fotocopia de las propuestas y recomendaciones de las jornadas internacionales mencionadas en este trabajo.

Sin más, saludémosle muy atentamente.

Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director

Prof. Dr. Carlos Mersán. Miembro

Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro

Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli. Miembro

**RESOLUCIÓN N° 671/2005****“POR LA CUAL SE DISPONEN NORMATIVAS DE ORGANIZACIÓN ACADÉMICA CON REFERENCIA A LA DOBLE MATRICULACIÓN A LAS CARRERAS DE DERECHO O NOTARIADO”**

Asunción, 03 de octubre de 2005

**VISTA:** la necesidad de establecer normas a tener en cuenta con referencia a los pedidos de doble matriculación, y

**CONSIDERANDO:** lo dispuesto en la Resolución N° 320/2004, artículo 4° emanada por el Decanato, evitando la deserción masiva y el costo producto que implica al Estado la educación universitaria de cada alumno/alumna.

**EL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN****RESUELVE:**

**ART. 1°.-** Autorizar la DOBLE MATRICULACIÓN de los alumnos que SÓLO hayan rendido UNA MATERIA en el período ORDINARIO y con ello hayan adquirido la condicionalidad para promocionarse al curso superior inmediato, previo informe de la Dirección Académica..

**ART. 2°.-** A los efectos del artículo anterior, los beneficiados SÓLO podrán rendir materias del curso superior inmediato en los períodos COMPLEMETARIO y/o de REGULARIZACIÓN, siempre y cuando hayan cumplido con los requisitos de las cátedras respectivas.

**ART. 3°.-** Comunicar a quienes corresponda y luego archivar.-

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea. Decano

Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas. Director Académico

**RESOLUCIÓN N° 672/2005**

**“POR LA CUAL SE DISPONEN NORMATIVAS DE ORGANIZACIÓN ACADÉMICA CON REFERENCIA A REINSCRIPCIÓN Y REVÁLIDA DE RESOLUCIONES DE INGRESO DE EGRESADOS DE UNIVERSIDADES NACIONALES Y/O PRIVADAS A LAS CARRERAS DE DERECHO O NOTARIADO”**

Asunción, 03 de octubre de 2005

**VISTA:** la necesidad de establecer normas a tener en cuenta con referencia a los pedidos de reinscripción y reválida de resoluciones de ingreso de egresados de Universidades Nacionales y/o Privadas, y

**CONSIDERANDO:** lo dispuesto en el Estatuto Universitario, Título V – Los Estudiantes - artículo 73: “El estudiante no podrá permanecer matriculado en su Unidad Académica un tiempo mayor al doble de la duración de su carrera. Cumplido este plazo la matrícula se le cancelará automática y definitivamente”.

**EL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN**

**RESUELVE:**

**ART. 1°.-** Autorizar la REINSCRIPCIÓN de los alumnos que hayan dejado de hacerlo en un plazo no mayor de 6 (seis) años, previo informe de la Dirección Académica.

**ART. 2°.-** REVALIDAR las resoluciones de ingreso de egresados de Universidades Nacionales y/o Privadas, siempre y cuando las fechas de las mismas no excedan los cuatro años de su aprobación.

**ART. 3°.-** Comunicar a quienes corresponda y luego archivar.

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea. Decano

Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas. Director Académico

**RESOLUCIÓN N° 781/2005****“POR LA CUAL SE ESTABLECEN NORMATIVAS REFERENTES A ALUMNOS QUE ADEUDAN ASIGNATURAS EN MÁS DE DOS CURSOS”**

Asunción, 08 de noviembre de 2005

**VISTA:** la necesidad de establecer normas que regulen la situación de los alumnos que adeuden asignaturas en más de dos cursos, y

**CONSIDERANDO:** Que, el Artículo 5° de la Ley N° 136/93 “DE UNIVERSIDADES” y la autonomía de las Universidades para fijar sus objetivos y metas.

Que, el Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, en el Artículo 43°, ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL DECANO, establece la facultad de adoptar las medidas necesarias y urgentes para el buen gobierno de la Facultad, con cargo de dar cuenta al Consejo Directivo.

Que, el Artículo 83° del referido Estatuto, señala que podrá definirse entre otras cosas lo referente a la correlatividad y prerequisites, etc. Teniendo en cuenta la dinámica que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. tiene en la actualidad y la necesidad de establecer normas que regulen la situación de alumnos con materias rendidas en diversos cursos; además el Claustro Docente a llevarse a cabo en los días 17 y 18 de noviembre de 2005, que determinará el sistema a seguir en el orden académico y en atención a la urgente necesidad de regular esta situación para el logro de los objetivos y facultades conferidas.

Por tanto, en uso de sus atribuciones legales

**EL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN**

**RESUELVE:**

**ART. 1º.-** Establecer que los alumnos que adeuden materias en más de dos cursos, no podrán rendir materias del que están matriculados, sin antes haber aprobado las de cursos inferiores conforme al Reglamento Interno vigente.

**ART. 2º.-** La presente resolución entrará en vigencia para los exámenes correspondientes al Periodo de Regularización – 2005.

**ART. 3º.-** Comunicar a quienes corresponda y luego archivar.-

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea. Decano

Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas. Director Académico.

### **RESOLUCIÓN N° 844/2005**

#### **“POR LA CUAL SE ESTABLECEN DISPOSICIONES NORMATIVAS REFERENTES A LA MATRICULACIÓN FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO EN EL CALENDARIO ACADÉMICO”**

Asunción, 15 de noviembre de 2005

**VISTA:** la necesidad de establecer normas que regulen la situación de los alumnos de las carreras de Derecho y Notariado que no se hayan matriculado en el plazo establecido en el calendario académico, y

**CONSIDERANDO:** Que, los criterios de innovación que se promueven en la educación superior, que se hallan en pleno proceso de transformación, entre ellos la flexibilidad, tiene por norte fortalecer las relaciones entre los que integran la Comunidad Educativa y el fomento de la educación continua.

Que, el Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, en el Art. 43º, Atribuciones y Deberes del Decano, establece la facultad de adoptar medidas necesarias y urgentes para el buen gobierno de la Facultad, con cargo de dar cuenta al Consejo Directivo

Por tanto, en uso de sus atribuciones legales

**EL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN**

**RESUELVE:**

**ART. 1°.-** Autorizar la MATRICULACIÓN fuera del plazo establecido en el Calendario Académico de los alumnos de las Carreras de Derecho y Notariado, previo informe de la Dirección Académica.

**ART. 2°.-** A los efectos del artículo anterior, se faculta a la Dirección Académica a redactar las resoluciones respectivas.

**ART. 3°.-** Comunicar a quienes corresponda y luego archivar.

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea. Decano  
Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas. Director Académico.



