UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

REVISTA



2003

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 ASUNCION

DECANO

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea

VICE DECANO

Prof. Dr. Antonio Fretes

CONSEJO DIRECTIVO

Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce
Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes
Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
Prof. Dr. Carlos A. Fernández Villalba
Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado
Abog. José Agustín Fernández
Est. Ignacio Dellavedova
Est. Camilo Benítez
Est. Carlos María Aquino

CONSEJEROS SUPLENTES

Docentes
Prof. Dr. Florencio Pedro Almada
Prof. Abog. César Coll Rodríguez

No Docente
Abog. Celso Rolón

Estudiantes
Luis Esquivel, Oscar Forestieri, Mónica Bogarín

DIRECTORES ACADEMICOS

Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas (Turno noche)
Prof. Abog. Angel Yubero Aponte (Turno tarde)

SECRETARIO GENERAL

Prof. Abog. Osvaldo E. González Ferreira

REPRESENTANTE ANTE EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO

TITULAR

Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado

SUPLENTE

Prof. Dra. Inés Martínez Valinotti

REPRESENTANTES ANTE LA ASAMBLEA UNIVERSITARIA

TITULARES

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea
Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser

SUPLENTES

Prof. Dr. Antonio Fretes
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce

INSTITUTOS DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION

INSTITUTO DE INVESTIGACION DE DERECHO PUBLICO

Director:	Profesor Dr. Luis Enrique Chase Plata
Miembros:	Prof. Dr. Carlos A. Mersán
	Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche
	Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli
	Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión

INSTITUTO DE INVESTIGACION DE DERECHO PRIVADO

Director:	Prof. Dr. Ramón Silva Alonso
Miembros:	Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea
	Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
	Prof. Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano
	Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo
	Prof. Dr. Bonifacio Ríos Avalos
	Prof. Dra. Alicia Pucheta de Corea

INSTITUTO DE DERECHO DE LA INTEGRACION

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. Jerónimo Irala Burgos
	Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
	Prof. Dr. Jorge Darío Cristaldo Montaner
	Prof. Dr. Antonio Salum Flecha
	Prof. Dr. Jorge L. Saguier
	Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo
	Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
	Prof. Abog. Hugo Mersán Galli
	Prof. Abog. Miryam Peña de Ortiz

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director:	Prof. Dr. Hugo Allen 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. Antonio Fretes
Integrantes:	Abog. Emilio Gómez
	Abog. Adela López
	Abog. Ana Valiente de Zaputovich
	Abog. Ignacia Giménez
	Abog. Mabel Billordo
	Abog. Alba Cañete
Coordinador:	Abog. Gerónimo López
Asistente:	Gladys Almada
Secretario:	Jorge Chaparro

NOMINA DE PROFESORES EN EJERCICIO DE LA DOCENCIA EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U.N.A.*

Nombres	Asignatura	Categoría	Curso	Turno
Alfonso de Bogarín, Irma	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero 3ra.Cát.	Noche
Allen, Hugo	Derecho Procesal Civil I Parte	Adjunto	Cuarto	Tarde
Allen, Hugo	Derecho Procesal Civil I Parte	Titular	Cuarto	Noche
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 3ra. Cát.	Noche
Almirón Prujel, María Elodia	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto	Noche
Añazco de Ayala, Lilia	Derecho Civil (Contratos)	Encarg. de Cát.	Quinto	Tarde
Añazco de Ayala, Lilia	Práctica Notarial	Asistente	Cuarto-Notariado	Noche
Arce Obregón, Carlos	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Barriocanal, Fernando	Derecho Romano I Parte	Adjunto	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Battilana Nigra, Raúl	Introducción al Derecho	Titular	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Battilana Nigra, Raúl	Introducción al Derecho	Titular	Primero 2ra. Cát.	Noche
Benítez, Luis G.	Derecho Romano I Parte	Adjunto	Primero 2da. Cát.	Tarde
Benítez, Luis G.	Historia Diplomática	Adjunto	Cuarto	Noche
Blanco, Sindulfo	Derecho Tributario	Adjunto	Sexto	Noche
Blanco, Sindulfo	Economía Política	Adjunto	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Blasco, Patricia	Criminología	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Blasco, Patricia	Criminología	Asistente	Primero 2da. Cát.	Noche
Bogado Fleitas, Oscar Idilio	Derecho Aeronáutico	Adjunto	Quinto	Tarde
Bogarín Sarubbi, Jorge	Derecho Civil (Contratos)	Asistente	Quinto	Noche
Buongermini, Ma. Mercedes	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero 3ra. Cát.	Noche
Caballero Giret, Marco Aurelio	Finanzas Públicas	Asistente	Tercero	Noche
Calonga Arce, Amelio	Derecho Procesal Civil I Parte	Adjunto	Cuarto	Noche
Cantero, Enrique	Derecho Procesal Penal	Adjunto	Sexto	Noche
Cantero, Enrique	Derecho Procesal Penal	Adjunto	Sexto	Tarde
Carballo Mutz, Francisco	Derecho Procesal Penal	Instructor	Sexto	Noche
Casal Di Lascio, María Bellmar	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo	Noche
Casco Pagano, Hernán	Derecho Procesal Civil I Parte	Titular	Cuarto	Noche
Casco Pagano, Hernán	Derecho Procesal Civil II Parte	Titular	Quinto	Noche
Centurión Morínigo, Ubaldo	Derecho Constitucional	Encarg. De Cátedra	Cuarto	Noche
Centurión Morínigo, Ubaldo	Derecho de la Integración	Adjunto	Tercero	Tarde
Centurión Morínigo, Ubaldo	Derecho Político	Adjunto	Tercero	Noche
Centurión Morínigo, Ubaldo	Filosofía del Derecho	Asistente	Quinto	Noche
Centurión Morínigo, Ubaldo	Introducción al Derecho	Titular	Primero 1ra. Cát.	Noche
Chase Plate, Luis Enrique	Derecho Administrativo	Titular	Quinto	Noche

*) Lista proporcionada por la Secretaría de la Facultad.

Chase Plate, Luis Enrique	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto	Noche
Coll Rodríguez, César	Filosofía del Derecho	Asistente	Quinto	Tarde
Coll Rodríguez, César	Lógica Jurídica	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Noche
Cristaldo, Pastor	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo 1ra. Cát.	Noche
Cristaldo, Pastor	Introducción al Derecho	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Noche
Delmás Frescura, Guillermo	Derecho Procesal Penal	Adjunto	Sexto	Noche
Elizeche Almeida, Modesto	Humanos	Asistente	Cuarto	Tarde
Elizeche, Marco Antonio	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Noche
Elizeche, Marco Antonio	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Tarde
Encina de Riera, Cruz	Criminología	Asistente	Primero 2da. Cát.	Tarde
Encina Marín, Alejandro	Criminología	Titular	Primero 3ra. Cát.	Noche
Encina Marín, Alejandro	Derecho Procesal Penal	Titular	Sexto	Noche
Estigarribia Elizeche, Hugo	Criminología	Titular	Primero 2da. Cát.	Noche
Estigarribia Elizeche, Hugo	Derecho Romano II Parte	Adjunto	Segundo 2da.Cát.	Noche
Estigarribia Gutiérrez, Hugo	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Noche
Estigarribia Gutiérrez, Hugo	Introducción al Derecho	Asistente	Primero 2da. Cát.	Noche
Fernández Alarcón, Rafael	Derecho Político	Asistente	Tercero	Noche
Fernández Alarcón, Rafael	Derecho Político	Asistente	Tercero	Tarde
Fernández de Brix, Wilfrido	Derechos Intelectuales	Asistente	Quinto	Tarde
Fernández Gadea, Carlos	Derecho Agrario	Titular	Segundo 1ra.Cát.	Noche
Fernández Gadea, Carlos	Derecho Marítimo	Titular	Cuarto	Noche
Fernández Gadea, Carlos	Derecho Mercantil I Parte	Titular	Cuarto	Noche
Fernández Villalba, Carlos Aníbal	Derecho Marítimo	Adjunto	Cuarto	Tarde
Fernández Villalba, Carlos Aníbal	Derecho Marítimo	Asistente	Cuarto	Noche
Fleitas Arguello. Francisco	Derecho Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Noche
Franco Benítez, Martín	Derecho Romano II Parte	Asistente	Segunda 2da. Cát.	Noche
Franco Benítez, Martín	Derecho Romano II Parte	Asistente	Segundo	Tarde
Fretes, Antonio	Derecho Agrario	Titular	Segundo 2da. Cát.	Noche
Fretes, Antonio	Derecho Agrario	Titular	Segundo	Tarde
Fretes, Antonio	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche
Galeano Romero, Luis	Sociología	Encarg. de Cátedra	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Gaona Franco, Patricio	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche
Garay, César	Derechos Humanos	Adjunto	Cuarto	Noche
Garay, César	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Gómez Fleytas, José Gaspar	Derecho Romano II Parte	Adjunto	Segundo 1ra.	Noche
Gómez Frutos, Raúl	Derecho Mercantil I Parte	Asistente	Cuarto	Tarde
Gómez Grassi, Atilio	Quiebras	Titular	Quinto	Noche
González Alfonso, Carlos	Derecho Procesal Civil II Parte	Adjunto	Quinto	Tarde
González Alfonso, Carlos	Práctica Notarial	Titular	Cuarto(Notariado)	Noche
González Ferreira, Osvaldo	Lógica Jurídica	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Noche
González Macchi, José Ignacio	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo 2da. Cát.	Noche
González Macchi, José Ignacio	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo 1ra. Cát.	Noche
González Morel, Carlos Gustavo	Derecho Notarial	Asistente	Cuarto-Notariado	Noche
González Morel, Carlos Gustavo	Derecho Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
González Petit, Adolfo Paulo	Criminología	Titular	Primero 1ra. Cát.	Noche
González Petit, Adolfo Paulo	Medicina Legal	Titular	Cuarto	Noche
González, Saúl	Derecho Penal I Parte	Titular	Segunda 1ra, Cát.	Noche
González, Saúl	Derecho Penal I Parte	Titular	Segundo 2da, Cát.	Noche
Gorostiaga, José Emilio	Criminología	Titular	Primero 1ra. Cát.	Noche
Gorostiaga, José Emilio	Derecho Procesal Penal	Instructor	Sexto	Noche

Ibarra, Enrique	Economía Política	Adjunto	Primero 2da. Cát.	Noche
Iriberri, Fernando	Sociología	Asistente	Primero 3ra. Cát.	Noche
Kohn Benítez, Carlos	Derecho Civil (Sucesiones)	Titular	Sexto	Noche
Kohn Benítez, Carlos	Derecho Penal II Parte	Titular	Tercero	Tarde
Kohn Gallardo, Marcos	Derecho Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Tarde
Kohn Gallardo, Marcos	Derecho Procesal Penal	Instructor	Sexto	Tarde
Lezcano Claude, Luis	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto	Noche
Llamas Gómez, Francisco	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Llanes Torres, Oscar	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Tarde
Martínez Simón, Alberto	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Tarde
Martínez Valinotti, Inés	Derecho Aeronáutico	Adjunto	Quinto	Noche
Martínez Valinotti, Inés	Derecho Internacional Privado	Asistente	Sexto	Noche
Melgarejo, Eusebio	Derecho Internacional Privado	Asistente	Sexto	Noche
Mendelzon Módica, Mariana	Derecho Internacional Privado	Asistente	Sexto	Tarde
Mendonca Bonnet, Juan Carlos	Lógica Jurídica	Asistente	Primero 2da. Cát.	Tarde
Mendonca Bonnet, Juan Carlos	Lógica Jurídica	Asistente	Primero 2da. Cát.	Noche
Mereles Leite, Imbert	Derecho Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
Mereles Leite, Imbert	Procesal Civil I Parte	Asistente	Cuarto	Tarde
Mersán Galli, Pedro Hugo	Derechos Intelectuales	Asistente	Quinto	Noche
Mersán, Carlos A.	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Noche
Moreno Rodríguez Alcalá, José	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Noche
Moreno Rodríguez Alcalá, Liliana	Derecho Civil (Personas)	Asistente	Segundo	Tarde
Moreno Rufinelli, José Antonio	Derecho Civil (Personas)	Titular	Segundo 1ra.	Noche
Moreno Rufinelli, José Antonio	Derecho Civil (Personas)	Titular	Segundo	Tarde
Noguera Ganes, Rosa Maria	Introducción al Derecho	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Noche
Núñez, Secundino	Filosofía del Derecho	Encargado	Quinto	Tarde
Ocampos Araujo, Luis Benito	Economía Política	Asistente	Primero 2da. Cát.	Noche
Ojeda Saldívar, Esteban	(Obligaciones)	Adjunto	Cuarto	Noche
Ortega de Reyes, Norma	Medicina Legal	Encarg. de Cátedra	Cuarto	Tarde
Ortiz Pierpaoli, Fremiort	Derechos Intelectuales	Titular	Quinto	Tarde
Oviedo de Torales, Nimia	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto	Tarde
Ozuna, Adolfo	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Paredes, Dorys Raquel	Economía Política	Asistente	Primero 2da. Cát.	Tarde
Paredes, Felipe Santiago	Derecho del Trabajo	Titular	Segundo 1ra. Cát.	Noche
Paredes, Felipe Santiago	Derecho Procesal del Trabajo	Titular	Sexto	Noche
Parquet Villagra, Javier	Derecho Administrativo	Asistente	Quinto	Noche
Peña, Myriam	D. de La Niñez y la Adolesc.	Asistente	Segundo	Tarde
Peña, Myriam	Derecho Civil (Personas)	Encargada	Segundo 2da. Cát.	Noche
Peña, Myriam	Derecho Procesal Laboral	Asistente	Sexto	Noche
Pereira Jiménez, María del Mar	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Pereira Saguier, Benito	Técnica Jurídica	Adjunto	Sexto	Tarde
Pereira Saguier, Benito	Técnica Jurídica	Titular	Sexto	Noche
Portillo Ortellado, Fausto	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Tarde
Portillo Ortellado, Fausto	Economía Política	Adjunto	Primero 2da. Cát.	Tarde
Portillo Ortellado, Fausto	Finanzas Públicas	Adjunto	Tercero	Noche
Pucheta de Correa, Alicia Beatriz	D. de La Niñez y la Adolesc.	Adjunto	Segundo 1ra. Cát.	Noche
Pucheta de Correa, Alicia Beatriz	Derecho del Trabajo	Adjunto	Segundo	Tarde
Pusineri Oddone, Francisco	Derecho Penal II Parte	Titular	Tercero	Noche
Ramírez Russo, Manfredo	Sociología	Titular	Primero 2da. Cát.	Noche
Ramírez Russo, Manfredo	Sociología	Titular	Primero 3ra. Cát.	Noche

Riera Hünter, Marcos	Lógica Jurídica	Adjunto	Primero 3ra. Cát.	Noche
Ríos Avalos, Bonifacio	Derecho Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Tarde
Ríos Avalos, Bonifacio	Derecho Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Ríos Avalos, Bonifacio	Derecho Mercantil II Parte	Titular	Quinto	Tarde
Rivarola Paoli, Juan Bautista	Derecho Internacional Público	Asistente	Tercero	Noche
Rivarola Paoli, Juan Bautista	Derecho Internacional Público	Titular	Tercero	Tarde
Rivarola Paoli, Juan Bautista	Derecho Romano I Parte	Titular	Primero 2da. Cát.	Noche
Rivarola Paoli, Juan Bautista	Economía Política	Titular	Primero 1ra. Cát.	Noche
Rivarola Paoli, Juan Bautista	Economía Política	Titular	Primero 2da. Cát.	Noche
Rivarola Pérez, Juan Bautista	Economía Política	Asistente	Primero 1ra. Cat.	Noche
Rodríguez González, Aldo	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Tarde
Rodríguez Kennedy, Oscar	Derecho Penal I Parte	Titular	Segundo	Tarde
Rodríguez Kennedy, Oscar	Derecho Penal II Parte	Titular	Tercero	Noche
Rojas Benítez, Olga	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto 1ra. Cát.	Noche
Rolón Fernández, Emiliano	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo	Tarde
Ruiz Díaz Labrano, Roberto	Derecho de la Integración	Titular	Tercero	Noche
Ruiz Díaz Labrano, Roberto	Derecho Internacional Privado	Titular	Sexto	Noche
Russo Cantero, Carlos	Derecho de la Integración	Asistente	Tercero	Noche
Saguier, Jorge L.	Derecho Político	Adjunto	Tercero	Tarde
Saguier, Jorge L.	Derecho Político	Titular	Tercero	Noche
Salum Flecha, Antonio	Historia Diplomática	Titular	Cuarto	Noche
Salum Pires, Eric Maria	Introducción al Derecho	Adjunto	Primero 2da. Cát.	Tarde
Samaniego Correa, Luis	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo 2da. Cát.	Noche
Samaniego de Centurión, Stella	Sociología	Encargada	Primero 1ra. Cát.	Noche
Samaniego de Centurión, Stella	Sociología	Encargada	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Sánchez Godoy, Concepción	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo	Noche
Sánchez Godoy, Concepción	Derecho Procesal del Trabajo	Asistente	Sexto	Noche
Sánchez, Cristóbal	Derecho Penal II Parte	Asistente	Tercero	Noche
Sánchez, Librado	Economía Política	Encargado	Primero 3ra. Cát.	Noche
Seall Sasiain, Jorge	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto	Tarde
Silva Alonso, Ramón	Derecho Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Silva Alonso, Ramón	Derecho Internacional Privado	Titular	Sexto	Noche
Sosa Centurión, Luis Fernando	Derecho Agrario	Adjunto	Segundo 1ra. Cát.	Noche
Sosa Centurión, Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Noche
Sosa Centurión, Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Tarde
Sosa Elizeche, Enrique	Derecho Administrativo	Adjunto	Quinto	Tarde
Sosa Jovellanos, Carlos	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Sosa Jovellanos, Carlos	Introducción al Derecho	Asistente	Primero 3ra. Cát.	Noche
Stanley de Mena, Patricia	Derecho de la Integración	Encargada	Tercero	Tarde
Tellechea Solís, Antonio	Derecho Romano I Parte	Adjunto	Primero 3ra. Cát.	Noche
Torres Kirmser, Domingo	Quiebras	Asistente	Quinto	Tarde
Torres Kirmser, José Raúl	Derecho Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Torres Kirmser, José Raúl	Derecho Mercantil II Parte	Titular	Quinto	Noche
Trovato Pérez, Guillermo	D. de la Niñez y la Adolesc.	Asistente	Segundo 2da.	Noche
Velázquez, Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo 1ra. Cát.	Noche
Velázquez, Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo 2da. Cát.	Noche
Villalba de Biederman, Soledad	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto	Tarde
Ynsfrán Saldívar, Linneo	Derechos Humanos	Encarg. de Cátedra	Cuarto	Noche
Yubero Aponte, Angel	Lógica Jurídica	Asistente	Primero 1ra. Cát.	Tarde
Zacarías Michelagnoli, Enrique	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche

RESOLUCION Nº 406/2003

"POR LA CUAL SE CONFORMA LA COMISION DE LA REVISTA JURIDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION"

Asunción, 21 de Noviembre de 2003.

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 U.N.A. 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 11de noviembre de 2003, Acta Nº 20/2003.

Por tanto, en uso de sus atribuciones

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

RESUELVE:

Art. 1º.- Nombrar la Comisión de Dirección de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, integrada como sigue:

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea
Prof. Dr. Antonio Fretes

Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes
Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce
Prof. Dr. Fausto Portillo
Prof. Dr. Carlos Fernández Villalba
Abog. José Agustín Fernández
Est. Ignacio Dellavedova
Est. Camilo Benítez
Est. Carlos María Aquino

Art. 2º.- 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 U.N.A..

Art. 3º.- Comunicar y archivar.

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea.- Decano

Abog. Osvaldo González F.- Secretario General

INDICE

EDITORIAL

AÑO DE FECUNDAS REALIZACIONES 21

DOCTRINA

VELEZ SARSFIELD EN EL NUEVO CODIGO CIVIL PARAGUAYO 27
Por Ramón Silva Alonso

EL ROSTRO HUMANO EN EL DERECHO TRIBUTARIO 37
Por Carlos A. Mersán

LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO 41
Por Bonifacio Ríos Avalos

PROPUESTAS PARA LA MODIFICACION DE LAS INSTITUCIONES DEL SEGURO EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO 53
Por Luis Fernando Sosa C.

CONSIDERACIONES PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL 81
Por Carlos V. Kohn B.

FUNCION DE LA CULTURA Y DEL DERECHO 129
Por Ubaldo Centurión Morínigo

PROTOCOLO DE LAS LEÑAS Y EL IMPACTO DE SUS DISPOSICIONES POR SU APLICACION PRACTICA EN EL AMBITO DEL MERCOSUR 139
Por José Raúl Torres Kirmser

FUNDAMENTOS ETICOS DE LA DIPLOMACIA 159
Por Oscar B. Llanes Torres

LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONAL 163
Por Antonio Salum–Flecha

DERECHO ECONOMICO 177
Por Juan Bautista Rivarola Paoli

EL PROTOCOLO DE OLIVOS: NUEVO SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR 187
Por Roberto Ruiz Díaz Labrano

APLICACION DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR POR LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS NACIONALES 201
Por Inés Martínez Valinotti

"EL ORIGEN DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA Y LOS ELEMENTOS QUE LA CONSTITUYEN" SEGUN EL CODIGO PENAL PARAGUAYO Y LA JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION CRIMINAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Un Estudio de Derecho Comparado 213
Por José Ignacio González Macchi

EL SOCIALISMO EN INGLATERRA Y LA SOCIEDAD FABIANA 223
Por César Antonio Garay

SITUACION DEMOGRAFICA DEL PARAGUAY. EL CRECIMIENTO DEMOGRAFICO MUNDIAL: LA POBLACION COMO RECURSO, CRISIS ECOLOGICA Y CRISIS DE SEGURIDAD 235
Por Manfredo Ramírez Russo

TENENCIA PREADOPTIVA 241
Por Marcelino Gauto Bejarano

LICENCIAS OBLIGATORIAS. LEY 1.630 /2000 251
Por Hugo R. Mersán

INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL 259
Por Luis Lezcano Claude

PROTECCION JURIDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 293
Por Irma Alfonso de Bogarín

LA CENSURA Y LA AUTOCENSURA COMO OBSTACULOS PARA LA INTEGRACION Y EL DESARROLLO 303
Por Carlos Marcial Russo Cantero

ASOCIACION INTERNACIONAL MERCOSUR DE JUECES DE LA INFANCIA Y LA JUVENTUD (AIMJIJ) 309
Por José Luis Heid

DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LOS PAISES DEL MERCOSUR DESDE LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO HASTA LA FILIACION DESDE EL DERECHO A LA FAMILIA A LA NACIONALIDAD 311
Por Alejandro C. Molina

COMENTARIO DEL NUEVO CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA 323
Por Arnaldo Aguirre

REPRODUCCION ASISTIDA 327
Por Josefina Sapena

SISTEMA PENAL Y MENORES. INSTITUCIONES DEL DERECHO DE MENORES 345
Por Juan Carlos Fugaretta

JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PARAGUAY 355
Por Teresa Martínez

IMPORTANCIA DEL ROL DEL EQUIPO ASESOR DE LA JURISDICCION DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA 365
Por María Soledad Caballero Méndez

ADOPCION Y GUARDA PREADOPTIVA 369
Por Marta Battistella

LA ADOPCION Y SU RELACION CON LA GUARDA PREADOPTIVA 379
Por Silvio Rodríguez

JUSTICIA JUVENIL. UNA MIRADA A LA ULTIMA DECADA 389
Por Ana Luisa Prieto

SISTEMA PENAL DE MENORES 403
Por Arsenio F. Mendoza

EL DERECHO DE ALIMENTOS Y SU INCUMPLIMIENTO 417
Por Hugo López

REGISTRO DE ALIMENTANTES DEUDORES, PAGO EN DINERO O EN ESPECIE DE LA OBLIGACION DE PROPORCIONAR ASISTENCIA ALIMENTARIA 427
Por Gloria Elizabeth Benítez y Juan Bautista Guastella

SALUD REPRODUCTIVA Y PLANIFICACION FAMILIAR. POLITICAS. CEPEP 439
Por Margarita Ferreira

VIOLENCIA DOMESTICA 455
Por Clara Rosa Gagliardone Rivarola

VIOLENCIA DOMESTICA, “VULNERACION DE DERECHOS Y GARANTIAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES” 467
Por Silvia Beatriz López Safi

ANALISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA LEGISLACION COMPARADA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA 483
Por María Francisca Prette de Villanueva

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACION EN EL DERECHO INTERNO EN MATERIA DE INFANCIA 503
Por María Elodia Almirón Prujel

LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ELECTORAL 517
Por Carlos Víctor Echauri Soto

LAS OBLIGACIONES EMERGENTES DEL CONTRATO Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR: LAS PRESTACIONES PROPIAS DE CADA PRODUCTO O SERVICIO 523
Por Roberto A. Vázquez Ferreyra

LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA AMBIENTAL EN EL NAFTA 533
Por Tania García López

LA REFORMA EDUCATIVA EN LAS PUERTAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL 543
Por Oscar Idilio Bogado Fleitas y Angel Yubero Aponte

ASPECTOS RESALTANTES DE LA PECULIAR LEY 194, QUE REGULA LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE FIRMAS DEL EXTERIOR Y SUS REPRESENTANTES, AGENTES Y DISTRIBUIDORES EN EL PARAGUAY 547
Por Wilfrido Fernández y Alejandro Piera

TENDENCIAS ACTUALES DENTRO DE LA INTEGRACION EUROPEA 575
Por Ludger Kühnhardt

CONTROL DE LA ADMINISTRACION 595
Por Raúl Alberto Torres Ferreira

BRILLANTE FILIAL DE DERECHO UNA, CON UN MAJESTUOSO LOCAL 611
Por Guillermo Trovato Fleitas

CALENDARIO ACADEMICO

CALENDARIO ACADEMICO
AÑO LECTIVO 2004 617

CALENDARIO ACADEMICO 2005 624

RESOLUCIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO Y DE LA ASAMBLEA UNIVERSITARIA

REGLAMENTO PARA OPTAR AL TITULO DE DOCTOR EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION 625

ASAMBLEA UNIVERSITARIA
RESOLUCION DE FECHA 17 DE SETIEMBRE DE 2003 636

PROYECTO PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD EDUCATIVA
DE LA UNA 639

DECRETO Nº 19.275 DEL PODER EJECUTIVO DE LA REPUBLICA QUE REGLAMENTARA EL RECONOCIMIENTO, HOMOLOGACION O CONVALIDACION DE LOS TITULOS OBTENIDOS EN OTROS PAISES

DECRETO 19.275 641

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR DECANO DE LA UNA Y NOMINA DE EGRESADOS DE DERECHO PROMOCION 2002

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR DECANO DE LA UNA, EN OCASION DE LA COLACION DE LA PROMOCION 2002 DE DERECHO Y NOTARIADO 645

NOMINA DE EGRESADOS DE DERECHO
PROMOCION 2002 648

NOMINA DE EGRESADOS DE NOTARIADO 654

V ENCUENTRO DE DECANOS DE FACULTADES DE DERECHO DE LA ASOCIACION DE UNIVERSIDADES DEL GRUPO MONTEVIDEO INFORME DE PROFESORES LAS CARRERAS DE CIENCIAS SOCIALES Y CIENCIAS POLITICAS

V ENCUENTRO DE DECANOS DE FACULTADES DE DERECHO DE LA ASOCIACION DE UNIVERSIDADES DEL GRUPO MONTEVIDEO 657

INFORME DE PROFESORES 661

LAS CARRERAS DE CIENCIAS SOCIALES Y CIENCIAS POLITICAS 664

Editorial

AÑO DE FECUNDAS REALIZACIONES

En un clima de ejemplar fraternidad se realizó la cena de fin de año de los profesores de la Institución. Llegó a la noche de tan jubiloso simbolismo el Decano de la Facultad de Derecho, Profesor Doctor *Carlos Fernández Gadea*, acompañado solidariamente por casi todos los decanos de las facultades que conforman la Universidad Nacional de Asunción, de larga y gloriosa historia al servicio de la cultura paraguaya.

El espaldarazo moral de los decanos significó viva solidaridad con el colega ante una situación incompatible con el respeto a la dignidad humana y a los principios vertebrales del Estado de Derecho.

El Decano de nuestra Institución, con la humildad invariable que siempre mantuvo, se dirigió a los presentes con un discurso que convencía porque no era mera retórica sino el lenguaje vivo y elocuente de los hechos encarados para dar una promisoria proyección cultural a la Facultad de *Cecilio Báez, Manuel Domínguez, Ignacio A. Pane, Eusebio Ayala* y otros señeros exponentes de la intelectualidad nacional. Habló el Decano con el lenguaje contundente de los hechos logrados durante su administración en bien de la juventud universitaria y del prestigio de nuestra más que centenaria Casa de Estudios Superiores.

Habló con sencillez y serenamente, sin la arrogancia de los mediocres, sin la soberbia de los que se creen únicos emblemas de idoneidad y suficiencia y el numeroso auditorio compuesto por cerca de cien profesores de nuestra Institución aprobó vivamente lo dicho con un rotundo y caluroso aplauso a modo de claro apoyo a la gestión esencialmente constructiva.

En su exposición enumeró concretamente los logros de su Decanato desde el punto de vista arquitectónico:

— Habilitación y funcionamiento de las nuevas cuatro aulas de la Carrera de Notariado, que luego de años de trajinar en las distintas cátedras de la Carrera de Derecho, hoy encuentra su autonomía incluso con profesores propios y de primer nivel, pertenecientes al Plantel Docente de la Institución.

— Construcción de graderías en el sector Deportes, como así también la de un quincho en el área de Bienestar Estudiantil.

— Inauguración de varias obras de infraestructura en locales propios en Filiales y Secciones de la Facultad en el interior del país.

— Instalación del sistema de conexión directa para transmisión de datos entre la Facultad de Derecho, el Centro Nacional de Computación y el Ministerio de Hacienda. Antena bidimensional de cincuenta metros.

— Adquisición de computadoras de última generación.

— Instalación de cableados de red para comunicación entre todas las dependencias de la Institución.

— Acceso de los alumnos a ciertas informaciones a través de la red de Internet. Esta opción es utilizada mediante un número CLAVE, generado en el Departamento de Informática para cada alumno de la Institución.

— Adquisición de retroproyector y computadora portátil para la utilización de los señores profesores durante sus clases.

— Instalación en la mayoría de las aulas de aparatos de aire acondicionado, previéndose para el presente año la colocación en todas las demás, y con ello dotar de un ambiente adecuado y propicio, como las mejores Unidades Académicas, aun tratándose de una Facultad perteneciente a una Universidad Pública.

Los logros desde el punto de vista académico también fueron de una ejemplar elocuencia y de un avance cultural y científico de alta relevancia. Dijo en ese sentido el Decano:

— Desde el presente año estamos ofreciendo y poniendo a consideración de la ciudadanía la opción por la carrera de Ciencias Sociales y Cien-

cias Políticas, cuyo funcionamiento se desarrolla en la sede histórica de la Facultad de Derecho en Mariscal Estigarribia esquina Yegros.

— Ya hemos mencionado el funcionamiento en forma independiente de la Carrera de Notariado con treinta profesores para otras tantas asignaturas.

— Calendarización de las actividades académicas, publicitadas en los pasillos de la Institución.

— Paulatina informatización del sistema académico.

— Funcionamiento efectivo de los Institutos de Investigaciones Jurídicas:

– Instituto de Derecho Público;

– Instituto de Derecho Privado;

– Instituto de Derecho Procesal;

– Instituto de Derecho de la Integración; e

– Instituto de Asistencia Legal a personas de escasos recursos.

— Llamado a concurso: hoy se cuenta con 110 (ciento diez) profesores escalafonados y unos 120 (ciento veinte) profesores auxiliares de la enseñanza.

— Actualmente la Institución, conjuntamente con los señores profesores, se hallan abocados a la actualización de los Programas de Estudios.

— Se han adquirido textos para las bibliotecas, tanto de la sede central, como también para las secciones y filiales del interior del país.

El V Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Miembros de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo en la ciudad de Córdoba, República Argentina, posibilitó que se presenten con la relevante participación paraguaya importantes cuestiones relativas al avance de la implementación de auto–evaluación institucional, evaluación y acreditación de carreras en el MERCOSUR para la validez de los títulos otorgados y el ejercicio de la profesión en países de la región. Agregó el Decano:

"Queremos transmitir a los distintos estamentos que integran la Facultad y muy especialmente a los docentes para que se involucren en la tarea, ardua por cierto, de mantener en alto el prestigio de nuestra Institución que año tras año se nutre de savia nueva para la renovación del compromiso siempre firme de ser fiel al supremo anhelo de la mística universitaria "*Vitam Impendere Vero*" que al decir de Juvenal es: "*consagrar la vida a la verdad*".

Luego enunció el Decano un compromiso ético con la garantía de su trayectoria esencialmente constructiva y creadora: "Queremos transmitirles las seguridades de que haremos todo lo que está a nuestro alcance para que la Institución sea una de las mejores unidades de formación académica de profesionales del Derecho con que cuenta el país".

En suma, habló el Decano con la ética de la verdad y la diáfana manifestación, de los hechos sin ropajes demagógicos ni sofismas desconcertantes. Los avances son el fruto de una política universitaria forjada con dignidad y eficacia como nunca se ha registrado en los anales de nuestra Institución.

Los aplausos finales de la concurrencia formada por tantos docentes y decanos de la Universidad Nacional fueron la rotunda aprobación a una gestión ejercida en consonancia con la ejemplar historia de una Universidad que, nacida en 1889, se proyecta vigorosamente hacia el porvenir con fe en los valores que dignifican la condición humana.

Doctrina

VELEZ SARSFIELD EN EL NUEVO CODIGO CIVIL PARAGUAYO (*)

Por Ramón Silva Alonso (**)

I. INTRODUCCION

Con motivo de cumplirse el próximo 18 de febrero del año 2000 el segundo centenario del nacimiento de Dalmacio Vélez Sársfield, autor del Código Civil de la Argentina, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha dispuesto publicar un libro de homenaje al ilustre maestro. Al efecto ha resuelto convocar a académicos de número y correspondientes a participar en este evento con un trabajo a presentarse a la Academia para su publicación en ese libro de homenaje.

La convocatoria nos llama pues a unir nuestras fuerzas a la ofrenda que la Academia desea llevar a cabo en esta tan especial ocasión. Acudimos así con el presente trabajo, en el que se estudia la preponderante influencia de la obra de Dalmacio Vélez Sársfield en el nuevo Código civil paraguayo.

II. LA CODIFICACION

La codificación del derecho es una idea moderna. En diversos momentos de la historia los juristas han tendido a reunir en un solo cuerpo de leyes las diferentes reglas de un Estado o de una comunidad. Sin embargo sólo en

---

(*) Separata de *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Tomo V.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. República Argentina, Año 2000.

(**) Ex Miembro del Consejo de la Magistratura. Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor titular de la misma y de La Católica. Ex-Miembro de la Corte Suprema de Justicia (1968-1979).

nuestros días la idea de codificación ha tomado cuerpo en los diversos Estados del mundo. Según una opinión doctrinaria ella nace en el siglo XVII, concretamente con el filósofo germánico Leibniz (1). Desde entonces la tendencia ha dominado la legislación hasta nuestros días. Según esa opinión, dentro de este largo período es posible distinguir dos etapas: una, que se extiende desde Leibniz hasta 1811, fecha de promulgación del *Allgemeines Bügerliches Gezetzbuch* austríaco y otra, desde esta última fecha hasta nuestros días.

Pero ha sido el Código francés de 1804 el ***Code civil des français*** del Emperador Napoleón, el verdadero origen del movimiento de codificación en el mundo; ese Código que según un autor francés marca **"el fin del caos jurídico y la promesa de una nueva era en la legislación"** (2).

No es que no hubiesen existido antes del Código francés códigos de ese tipo como el prusiano, el bávaro y el austríaco, pero ninguno tuvo el carácter de aquél ni alcanzó sus proyecciones en el mundo de hoy.

El Código civil francés, aureolado por la figura de Napoleón Bonaparte, el genio militar más poderoso de los tiempos modernos, fue mirado por los franceses e incluso por los europeos de ese tiempo como una obra maestra del genio francés. Desde su promulgación ha tenido una influencia tal que ha penetrado en gran parte los Estados de Europa y América y aun de Asia. Cuando en 1804 surge de su sólida preparación claro y armonioso, Francia lo recibe como a un acontecimiento largamente esperado. El Código aparece como una creación original y poderosa. El Primer Imperio lo reivindica como a una de sus glorias y poco ha faltado para que la leyenda que lo rodea le hiciera aparecer como brotado todo entero del genio de Napoleón, al igual que Minerva de la cabeza de Júpiter.

En realidad en todo eso hay mucho de fantasía. Si se analiza a fondo la sustancia de esta gran obra, si se sigue con detenimiento la historia de su elaboración la fantasía se disipa. Casi todo lo que él contiene ha sido recibido del derecho del pasado, el romano o el antiguo derecho francés o el de las vísperas, el derecho de la Revolución. Los elementos verdaderamente nuevos se reducen a poca cosa.

---

1) Alejandro Guzmán Brito, *La fijación del derecho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, cap. IV, secc. I, XXI.

2) Jéan Michel Poughon, *Le Code civil*, Introduction. París, Presses Universitaires de France, 1992.

No obstante, de alguna manera, los que elaboraron aquella obra fueron precursores. Ellos ofrecieron a su época el derecho del futuro, dando al mundo un cuerpo fundamentalmente simple, claro y sencillo, capaz de ser leído e interpretado por cualquiera. Un código para todos. Su sencillez, su claridad, el vigor de sus fórmulas cautivaron desde un primer instante a todos. El gran literato francés Stendhal, entre otros, decía que leía todos los días algunos artículos del Código para impregnarse del estilo lapidario de sus redactores. Así se explica el prestigio del Código y su consecuencia, el que la idea de codificación se contagiara en un momento a todo el mundo.

Nada tiene de raro si se considera que al par de ser una obra de gran equilibrio en sus soluciones ella aparece escrita en un lenguaje del todo nuevo para los tiempos en que fue redactada. Su brevedad, su concisión, su claridad, lograda mediante la supresión de todo lo inútil y lo superfluo, por simple efecto del ordenamiento, hicieron de este cuerpo un modelo que necesariamente había de imponerse en aquel momento.

El propio Bonaparte, desterrado en Santa Elena, pudo decir: **"Mi gloria no está en haber ganado cuarenta batallas... Waterloo borra el recurso de tantas victorias. Lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente es mi Código civil...".** Aquellas palabras resultaron proféticas. El Código del Emperador estaba destinado a constituirse no sólo en modelo de numerosos códigos de Europa, América, Asia y Africa, sino aún más, a generar el movimiento universal de la codificación, que tan profundamente habría de transformar el derecho.

Sin embargo el Código francés y la codificación tuvieron sus críticos en su propio tiempo. En Alemania, Savigny, enemigo declarado del derecho escrito para quien la ley aprisionada en la escritura no es sino la cristalización jurídica de normas que se encuentran en perpetua evolución, llega a ver en los códigos una fuerza capaz de frenar las transformaciones del derecho. En cuanto al Código, igualmente se reprochó a sus redactores su desconocimiento de la vida económica, por la importancia que asignaba a la riqueza inmobiliaria, en menoscabo de la riqueza mobiliaria, cada día en aumento. En otro orden, se condenó su visión mezquina y miope de la mujer, la cual una vez casada, se hallaba condenada a encontrarse eternamente sometida a la potestad del marido. Igualmente, también en otro orden, se le ha reprochado su desconocimiento del fenómeno obrero, al no consagrar, entre sus disposiciones, sino apenas dos artículos a las relaciones obrero-patronales, en un tiempo en que la industria se desarrolla cada día con fuerza mayor. Estas críticas, exactas en parte, carecen de fundamento, pues en rigor, ellas pueden

siempre ser atendidas por una legislación posterior, como de hecho ha ocurrido.

De todos modos ese Código (el francés) se muestra como una resultante de la combinación de diversos mundos jurídicos: el derecho consuetudinario, diverso, cerrado, enmarañado; el derecho escrito, fundado en el derecho romano, esa razón escrita, modelo de toda legislación y que suscitara la admiración de los juristas del Antiguo Régimen; el derecho real, que ensayaba conciliar y ordenar para uniformar; el derecho de la Revolución, finalmente, calificado de manera sintomática de "intermedio", que pretendía, en nombre de la libertad y la igualdad abolir principios seculares (3).

El movimiento de codificación se extiende en el siglo XIX a lo largo de Europa. En la segunda mitad de ese mismo siglo llega a América. Por ese tiempo surgen en nuestro continente figuras ejemplares en el mundo jurídico como no han vuelto a aparecer: Andrés Bello, nativo de Venezuela que en 1855 da a Chile su ejemplar Código Civil; Augusto Teixeira de Freitas, que escribe para el Brasil, en 1860, el ***Esboço,*** aún hoy no suficientemente valorado ni estudiado; Tristán Narvaja, autor del Código uruguayo; y Dalmacio Vélez Sársfield, que entrega a la Argentina en 1869, su avanzado Código civil, uno de los mejores de América en su tiempo.

El Paraguay accede al movimiento de la Codificación al tiempo de producirse la recepción del derecho argentino en el Paraguay, al concluir la Guerra de la Triple Alianza. Este Código habrá de tener vigencia en el Paraguay por más de un siglo. Más exactamente, por ciento diez años. Desde enero de 1877 a enero de 1987.

III. RECEPCION DEL DERECHO ARGENTINO EN EL PARAGUAY

En el último tercio del siglo pasado se producen en el Río de la Plata acontecimientos de singular importancia. Ellos se vinculan con la recepción del derecho argentino en el Paraguay. Para explicar este hecho será preciso recordar lo que sucedía por ese entonces en esta parte del continente. Por la misma época se libraba entre los pueblos de Argentina, el Brasil, el Uruguay y el Paraguay una cruel guerra, la más cruenta de América, la llamada Guerra del Paraguay o de la Triple Alianza. Acabada ella en 1870 con la muerte de Solano López, en Asunción se formaba un Triunvirato, gobierno provisorio destinado a regir el país en tanto se sancionaba una Constitución. A los pocos

3) Poughon, op. et loc. cit.

días de instalado el gobierno, se proclamaban en Paraguay los principios del derecho público argentino. En agosto de 1870 se juraba una nueva Constitución, modelada sobre la argentina de 1853. Era el principio de la recepción del derecho argentino en el Paraguay. Resultaba imposible reclamar a los escasos ciudadanos varones la elaboración de leyes redactadas en el país. Uno tras otro los grandes códigos argentinos habían de ser adoptados en el Paraguay. A pesar de la inicial resistencia a la recepción pura, la necesidad de contar con cuerpos de leyes en las diferentes materias, llevó a la adopción de los códigos argentinos en materia civil, comercial, procesal civil y procesal penal. En el año 1876 los senadores Bazarás y Narváez proponen en el Senado la adopción del Código civil elaborado por Dalmacio Vélez Sársfield para la Argentina en vigencia en ella. El proyecto es aprobado, y el Código, adoptado, para tener vigencia en el Paraguay a partir del 1º de enero de 1877. La revisión del Código en la Argentina, en 1882, da lugar a la ley paraguaya de 1889. El texto oficial del Código adoptado será en adelante el de la cuarta edición oficial argentina de Félix Lajouane de Buenos Aires de 1877.

A partir de aquel momento el Código argentino de Vélez Sársfield tendrá vigencia por ciento diez años en el Paraguay.

IV. EL NUEVO CODIGO CIVIL PARAGUAYO

Es solo en 1959 cuando se dan los primeros pasos importantes para la elaboración de un nuevo Código para el Paraguay. Es en ese año cuando se instituye la Comisión Nacional de Codificación con el fin de dotar al país de códigos nacionales, particularmente de un Código civil propio. La Comisión se integra con las más notables figuras del derecho paraguayo de ese entonces. Entre ellas se destaca la figura de Luis De Gásperi, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, acaso el último gran privatista del Río de la Plata, a quien se encomienda la elaboración de un anteproyecto de Código Civil, habiéndose decidido ya con anterioridad la unificación del derecho privado del país.

Desde el momento de encargo de la Comisión de Codificación, el profesor De Gásperi se aboca, en 1959, a la tarea de elaborar el que había de ser su Anteproyecto de Código Civil para la República, monumental obra en 3597 artículos en la que, siguiendo el modelo italiano de 1942, se unifican las materias civil y comercial en obligaciones y contratos. En el trabajo, se consignan, al pie de cada artículo, eruditas, minuciosas y precisas notas en las que se expone la doctrina de cada precepto y se da cuenta de las tendencias del derecho comparado sobre cada punto. El portentoso trabajo se lleva a cabo en

tres años. Concluido, él es entregado a la Comisión de Codificación, la que se consagrará a su examen por veinte años, desde 1964 a 1984. En este último año el trabajo es remitido como Proyecto por el Poder Ejecutivo al Congreso, con escasas aunque importantes modificaciones. Casi a libro cerrado el Congreso lo sanciona en diciembre de 1985. La ley pertinente es promulgada para su entrada en vigencia en enero de 1987. Para ese momento el Código de Vélez Sársfield había sido derecho positivo en el Paraguay por más de un siglo. En adelante ese Código no podrá ser ya nunca un código extranjero en el Paraguay. Fueron cien años de vivencia con él, con sus exégetas y comentaristas del país de origen. Cien años con los grandes civilistas y comercialistas, los grandes maestros del derecho civil y comercial de la Argentina.

Un análisis de las disposiciones contenidas en el nuevo cuerpo legal permite llegar a la conclusión de que el trabajo se llevó a cabo manteniendo un respeto por determinadas líneas maestras. Ellas resultan ser las siguientes: 1ª) **Fidelidad a la tradición jurídica del país;** 2ª) **actualización de las instituciones;** 3ª) **unificación del derecho privado** (4).

En cuanto a la fidelidad al derecho civil antiguo, el Código se esfuerza por seguir fiel a la tradición centenaria incorporada a la vida jurídica del país por el Código de Vélez Sársfield. Es fácilmente perceptible esta dirección en el nuevo Código. El mismo conserva la estructura de ese Código. Cuenta con un Título preliminar, referente a las leyes, donde se contiene la mayor parte de las normas de derecho internacional privado, tal como acontecía en el Código de Vélez. A continuación vienen cinco libros. El primero, sobre las personas y el derecho de familia. El segundo, sobre los hechos y actos jurídicos y las obligaciones en general. El tercero, sobre los contratos y otras fuentes de obligaciones. El cuarto, sobre los derechos reales, y el quinto, sobre las sucesiones.

Es patente que en cuanto a metodología el nuevo cuerpo se atuvo casi estrictamente a la técnica legislativa del Código de Vélez. Las mismas partes, el mismo contenido en ellas, sin casi ninguna modificación. Esto es abiertamente visible a todo el que examina el nuevo Código. Es la presencia de Vélez Sársfield que se hace manifiesta apenas uno examina el nuevo Código.

El respeto a la tradición jurídica del país ha llevado al codificador paraguayo a mantener en general las grandes soluciones de Vélez Sársfield.

4) V. Luis Moisset de Espanés, Notas sobre el Código civil paraguayo. Córdoba, inédito, 1987.

Claro está que en algunos aspectos varían las soluciones en el nuevo cuerpo, pero en general ellas permanecen inalteradas en el mismo.

Si bien en el nuevo cuerpo legal ni en el Proyecto existen notas como en el Código de Vélez, en el Anteproyecto de De Gásperi aparecen ellas a lo largo de ese gran monumento jurídico. A través de él y del mismo texto del nuevo Código es posible constatar que las soluciones de éste siguen siendo en substancial medida las de Vélez Sársfield.

El nuevo Código paraguayo reproduce la sistemática del Código de Vélez, renunciando a incorporar una parte general, tal como venía proyectándose en la propia República Argentina desde el Anteproyecto de Bibiloni de 1929 en adelante (5). El nuevo cuerpo ubica la materia de los actos jurídicos en el libro segundo, rectificando sin embargo el orden de ese libro, ubicando primeramente la materia de los actos jurídicos y más adelante la de las obligaciones.

Aun cuando se ha seguido a Vélez Sársfield, se ha tratado de simplificar el cuerpo evitándose las reiteraciones que se daban en el modelo (6).

Además, se han suprimido en gran medida las definiciones que traía aquél por considerarse que ello es más bien materia de doctrina y no de la ley, en conformidad a la antigua máxima ***lex non docet, lex imperat.***

En cuanto a la actualización del derecho, el Código se ha inspirado en el remozamiento de aquellas normas cuya actualización venía reclamando la doctrina tanto en Paraguay como en la Argentina desde largo tiempo atrás. En este aspecto el nuevo Código se atiene a las ideas presentes fundamentalmente en el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni, el Proyecto de Reformas de 1936, en la Argentina, el Código italiano de 1942 y la Reforma de 1968, también en la Argentina, sin dejar de tener presente reclamos de la doctrina del derecho comparado.

En una somera exposición sólo puede hacerse una reseña de las más significativas.

---

5) Juan Antonio Bibiloni, *Anteproyecto*, Buenos Aires, Abeledo, 1929, I, Parte general.

6) Alfredo Colmo, *Técnica legislativa del Código civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, parte especial, secc. 2ª, cap. II.

En el título preliminar es digno de destacarse el precepto que dispone la aplicación de oficio de la ley extranjera, por jueces y tribunales, sin perjuicio del derecho de las partes a instar esa aplicación y probar la existencia y contenido de la norma foránea. El precepto se encontraba ya en los protocolos a los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 e igualmente en la Convención Interamericana de Montevideo de 1979, sobre Normas generales de aplicación del Derecho Internacional privado.

En cuanto a las personas físicas, se instituye la posibilidad de declaración judicial de muerte de las personas desaparecidas en hechos de catástrofe, como terremotos, naufragios, accidentes aéreos o terrestres, incendios o acciones de guerra, cuando por las circunstancias de la desaparición no quepa razonablemente admitir la supervivencia.

Paralelamente a esto se instituye la figura de la inhabilitación, institución de protección a la persona, en virtud de la cual se faculta al magistrado a declarar inhabilitado a quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas, estupefacientes u otros impedimentos psicofísicos no sean aptos para el cuidado de su persona o bienes. La declaración judicial priva al inhabilitado de la disposición, no de la administración de sus bienes.

En cuanto a las personas jurídicas, la ley deja en claro que no existen sino dos categorías de personas: las físicas y las jurídicas. Donde hay un ente con capacidad existe una persona. Entre las personas jurídicas se distinguen, además de las de derecho público, las de las asociaciones, sociedades y fundaciones, sin contar las asociaciones con capacidad restringida.

En el derecho de familia se introduce la figura de la separación judicial de los cónyuges de común acuerdo (leyes posteriores al Código como la Ley del divorcio y otras han venido a modificar en diversos aspectos el régimen que traía el cuerpo legal).

Asimismo, desaparecen en el Código las diferentes categorías de hijos, reduciéndose ellas a dos: la de hijos matrimoniales y la de extramatrimoniales, a más de los adoptivos, que pueden equipararse a los biológicos.

Al aludirse al ejercicio de los derechos, en el título de los hechos y actos jurídicos, se establece que el mismo ha de ser de buena fe, y se condena el ejercicio abusivo de los derechos.

En los contratos, el Código incorpora las figuras de la lesión y la imprevisión.

En los contratos de adhesión, en presencia de cláusulas abusivas o leoninas se faculta a la parte perjudicada a ser dispensada de cumplimiento por el juez o a obtener su modificación.

En cuanto a la responsabilidad por daños causados, se admite la responsabilidad al margen de la culpa, incluso la que deviene de riesgos generados en la actividad del agente del daño.

En derechos reales, el nuevo Código suprime la tradición como modo de adquirir el dominio de bienes inmuebles, el cual se produce por simple consentimiento.

Se acoge el principio de protección del adquirente de buena fe, de toda clase de bienes.

En derecho hereditario, la aceptación de la herencia se presume hecha bajo beneficio de inventario.

En cuanto al orden de sucesión se reconoce que los hijos y descendientes extramatrimoniales tienen igual derecho sobre los bienes propios del causante y sobre la mitad de los bienes gananciales de lo que correspondiere a los hijos matrimoniales.

Por último, se limita la vocación hereditaria de los colaterales al cuarto grado.

En cuanto a la unificación del derecho privado, el nuevo cuerpo legal ha sido elaborado en el marco de la idea de la unidad del derecho privado. Dentro de esta concepción se había ya anteriormente sancionado la Ley de Quiebras de la República, común a civiles y comerciantes, ley 154 de diciembre de 1969, en cuya Exposición de Motivos se alude a la resolución de la Comisión Nacional de Codificación del 21 de noviembre de 1959 de adoptar el criterio de unificación del derecho privado en lo referente a obligaciones y contratos.

Siguiendo esta idea el codificador incorpora al nuevo Código el libro segundo del antiguo Código de Comercio, contratos y papeles de comercio, con las adaptaciones del caso. Los libros primero, tercero y cuarto habían

pasado a ser objeto ya de leyes especiales. El primero es objeto de la denominada Ley del comerciante. El tercero, de la ley relativa a la navegación fluvial y marítima, y el cuarto, de la ley de quiebras.

Resulta así la unificación de las normas del derecho privado en materia de personas físicas y jurídicas, obligaciones y contratos, sociedades, privilegios y prescripción.

Concluyendo tan somera exposición puede decirse que después de más cien años de vigencia del Código argentino el Paraguay ha llegado a darse su propio Código Civil con las características expuestas pero que sobre él se levanta la presencia augusta de la figura de Dalmacio Vélez Sársfield.

EL ROSTRO HUMANO EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Por Carlos A. Mersán (*)

Creemos de justicia evocar las características de este nuevo aporte a la ciencia jurídica recordando fundamentalmente la excelente labor cumplir por el Prof. Dino Jarach, en su obra "Hecho Imponible" que le diera al Derecho Tributario la base fundamental de su existencia, ya que en la Reunión Internacional de Abogados celebrada en Lima en 1945 fuera proclamada la necesidad de la creación de nuevas disciplinas jurídicas.

En atención a estas determinaciones el Programa Conjunto de Tributación solicitado por la OEA, BID y CEPAL llevó a la presentación de un Modelo de Código Tributario en el año 1967 que fuera elaborado por los Profesores Dr. Carlos Giuliani Fonrouge (Argentina), Dr. Rubens Gómez de Souza (Brasil) y Don Ramón Valdez Costa del Uruguay, quienes constituidos en Comisión Redactora prepararon dicho Modelo que tuvo a su vez la colaboración de los Abogados del continente como los Dres. Aurelio Camacho Rueda (Colombia), Enrique Piedrabuena (Chile), Alonso Moisés Beatriz (El Salvador), Enrique Vidal Cárdenas (Perú), Juan Andrés Octavio de Venezuela y nuestro aporte en representación del Paraguay.

No pueden dejar de mencionarse los enjundiosos trabajos de los Profesores Europeos como los del Prof. Narciso Amoros Rica y H. Rosi de España quienes contribuyeron a clarificar las distinciones del Derecho Financiero, del Derecho Fiscal y del Derecho Tributario.

---

*) Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Ex Decano de la citada facultad.

Una buena pléyade de juristas de distintos países le dieron la consagración con las Jornadas del Instituto Latinoamericano, como la Novena Jornada celebrada en Asunción en el año 1979.

Esta narración histórica creemos necesaria para los que pensamos que la función trascendental de este nuevo derecho habrá de ocurrir en este siglo, si se lo utiliza al mismo para que tenga el "rostro humano" que se merece, actuando con la técnica procesal del caso en la distribución de fortunas y de bienes en este mundo lleno de investigaciones tecnológicas, los cuales requieren las cooperaciones económicas para que la vida humana, la expresión cultural y una verdadera hermandad entre los habitantes del mundo surja subsanando las enromes diferencias sociales que significan las clases ricas frente a los pobres en esta hora llamada de la "globalización" que para que fuese justa requiere de la vigorización de los sentimientos tendientes a la mejor solidaridad.

Muchas entidades como el Banco Mundial, que desde su inicio reclamara el "mundo sin pobreza" o como el Fondo Monetario Internacional que ha venido ayudando a los gobiernos no siempre con el verdadero tecnicismo de beneficios para los pobres.

La globalización ha venido suscitando "malestares" como lo denuncia Joseph E. Stiglik en su libro y en sus frecuentes declaraciones señalando la necesidad de descubrir el "rostro humano" para que las sociedades capitalistas se ocupen con nuevos elementos de resolver los problemas de la pobreza y de las necesidades ocasionales de los países que funcionan en el planeta Tierra.

La dimensión jurídica del tributo halló su consagración en la segunda mitad del siglo anterior, contando las Naciones con Códigos que se ocuparon de las relaciones suscitadas en las áreas administrativas, procesales y penales con miras a proveer de los fondos necesarios para que los gobiernos pudieran contar con normas adecuadas que permitan hacer más viable la vida de los hermanos necesitados en los diversos continentes.

Las normas constitucionales han comprendido la necesidad de la mejor regulación de los tributos señalando las bases de los aportes ciudadanos dentro de las líneas igualitarias del tributo para los fines destinados a los programas propios de cada Nación.

Pero los tiempos actuales han constatado que las ayudas de los países ricos en forma de grupos de 7 u 8 naciones, que han aportado partes de sus ingresos en bien de los pueblos necesitados, han sido siempre insuficientes y tal vez mal aplicados.

Creemos ahora que una Tributación Internacional que comprenda a todos los habitantes de la tierra que cuenten con una base económica razonable puedan ser los contribuyentes para crear las nuevas relaciones que podrían derivarse de los nuevos montos que serán recogidos para las finalidades sociales que permitan examinar en cada caso el "rostro humano" en cada país.

Creemos que la creación de un "impuesto destinado a la solidaridad" permitirá que los informes de la organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) sean expresiones de un bienestar y no el enunciado de cifras que indiquen desigualdades humanas de magnitudes extraordinarias.

La Tributación Internacional podría estar administrada por una "Comisión Especial de las Naciones Unidas" constituida por lo menos por diez personas, representantes de otras tantas Naciones para que el uso de los fondos obtenidos llegue a los pueblos necesitados tanto para su vida normal como para aquellos casos en que las realidades climatológicas o factores especiales hagan necesaria la aportación tributaria para subsanar los problemas creados.

Nuestros deseos son los que fueron expresados a los Profesores de la Cátedra de Derecho Tributario, como también al Prof. Dr. Dejalma de Campos en su carácter de Presidente de la Asociación Brasileña de Derecho Tributario para que mediante un "Acuerdo Mundial", que tenga la aceptación de los países integrantes de las Naciones Unidas, el rostro humano ofrezca la nueva imagen que los tiempos actuales reclaman.

LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO (*)

Por Bonifacio Ríos Avalos (**)

1. INTRODUCCION

Un funcionamiento correcto del régimen democrático solamente es posible atendiendo al modo de gobernar, que de acuerdo con la tradición se llama "gobierno de las leyes". Los antiguos, cuando exaltaban el gobierno de las leyes contraponiéndolo al gobierno de los hombres, pensaban en las leyes derivadas de la tradición o planteadas por los grandes legisladores. Hoy, **cuando hablamos de gobierno de las leyes pensamos en primer lugar en las leyes fundamentales que establecen no tanto lo que los gobernadores deben hacer, sino la forma en que las leyes deben ser planteadas y son normas que obligan a los mismos gobernantes y a los ciudadanos**; pues, tenemos en mente un gobierno de las leyes a un nivel superior, en el que los mismos legisladores son sometidos a normas ineludibles. Un ordenamiento de este tipo solamente es posible si aquellos que ejercen los poderes en todos los niveles pueden ser controlados en última instancia por los detentadores originarios del poder último, que son los individuos específicos.

---

*) Conferencia Pronunciada por el autor a invitación de la Justicia Electoral, Asociación de Magistrados Judiciales y el Club Sportivo Puerto Sajonia, en el Seminario: "*Fortalecimiento de las Instituciones Democráticas*", realizada en Asunción-Paraguay, en fecha 26, 27, 28 de julio del 2001.

**) Profesor Titular de Derecho Mercantil y de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Derecho Civil (Obligaciones) y de Hecho y Acto Jurídico de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción".

2. DEFINICION DE DEMOCRACIA

Norberto Bobbio define a la democracia como: **"Conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos".**

Con el objeto de que una decisión tomada por los individuos pueda ser aceptada como una decisión colectiva, es necesario que sea tomada con base a reglas que establecen quiénes son los individuos autorizados a tomar las decisiones obligatorias para todos los miembros del grupo, y con qué procedimientos.

Por lo que respecta a la modalidad de la decisión la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría.

Pero no basta ni la atribución del derecho de participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas. Además es necesaria una tercera condición, que consiste en aquellos que están llamados a decidir o a elegir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Para ello es necesario que les sean garantizados los llamados **derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación,** los derechos con base en los cuales nació el Estado Liberal y se construyó la doctrina del Estado de derecho.

3. ESTADO LIBERAL Y ESTADO DEMOCRATICO

La doctrina democrática reposa en una concepción individualista de la sociedad, por lo demás semejante al liberalismo, lo que explica porqué la democracia moderna se ha desarrollado y hoy existe solamente allí donde los derechos de libertad han sido reconocidos constitucionalmente.

El Estado liberal y el estado democrático son interdependientes en dos formas: 1) en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático; 2) en la línea opuesta, la que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales. La prueba histórica de esta interdependencia está en el hecho de que el Estado liberal y el Estado democrático cuando caen, caen juntos.

Si el núcleo de la doctrina liberal es la teoría del Estado mínimo, la práctica de la democracia, que es una consecuencia histórica del liberalismo

o por lo menos su prolongación histórica, ha llevado a una forma de Estado que ya no es mínimo, aunque no es el Estado máximo de los regímenes totalitarios.

En los últimos tiempos, la democracia se ha distanciado suficientemente de su **antecedente, el liberalismo, hasta tal punto de no ser del todo compatibles, en razón de que la democracia de las masas, de los partidos de masas, imponen mayores exigencias y reclamos convirtiendo al Estado en un Estado benefactor.**

El Estado paternalista de hoy, es la creación de los gobiernos democráticos. Está fuera de toda duda que el **desarrollo anormal del Estado benefactor esté vinculado al desarrollo de la democracia.** El sobrecargo de las demandas, de lo que derivarían una de las razones de la "ingobernabilidad" de las sociedades más avanzadas, constituye característica sobresaliente de los regímenes democráticos, donde la gente puede reunirse, asociarse, organizarse, para hacer oír su voz, de escoger a las personas que periódicamente considera más aptas para cuidar sus intereses.

Los economistas han comparado democracia con el mercado, afirman éstos, que al interés del ciudadano elector de obtener favores del Estado corresponde el interés del político electo de concederlos.

4. SITUACION ACTUAL DE LA DEMOCRACIA

Según Bobbio, a la democracia le afecta los males llamadas por él, las seis falsas promesas que son:

a) LA SOCIEDAD PLURALISTA. Partiendo de la hipótesis del individuo soberano que, al ponerse de acuerdo con otros individuos igualmente soberanos, crea la sociedad política, la doctrina democrática había ideado un Estado sin cuerpos intermedios. Sin embargo lo que ha sucedido en los Estados democráticos es exactamente opuesto: **los grupos se han convertido cada vez más en sujetos políticamente relevantes, las grandes organizaciones, las asociaciones de las más diferentes naturalezas, los sindicatos de las más diversas actividades, los partidos de las más diferentes ideologías y, cada vez menos, los individuos. No son los individuos sino los grupos los protagonistas de la política en una sociedad democrática.**

b) REIVINDICACION DE LOS INTERESES. En realidad, en la democracia moderna se ha producido una substitución de la representación po-

lítica por la representación de intereses y en consecuencia el representante político cuyo deber es velar por los intereses generales de la Nación, se ha convertido en representante de los intereses de su grupo, sea éste social, económico o político, desatendiendo los intereses nacionales y convirtiéndose la representación en una especie de neo corporativismo.

c) PERSISTENCIA DE LAS OLIGARQUIAS. Una falsa promesa, es la derrota del poder oligárquico.

El principio fundamental del pensamiento democrático, siempre ha sido la libertad entendida como autonomía, es decir, como capacidad de legislar para sí mismo.

La característica actual de un gobierno democrático no es la ausencia de élites sino la presencia de muchas élites que compiten entre ellas por la conquista del voto popular.

d) EL ESPACIO LIMITADO. Si la democracia no ha logrado derrotar totalmente al poder oligárquico, mucho menos ha conseguido ocupar todos los espacios en los que se ejerce un poder que toma decisiones obligatorias para un completo grupo social.

e) EL PODER INVISIBLE. **Hasta hoy no se ha podido eliminar el poder invisible que existe en todo Estado, dicho poder invisible, se distribuye entre organizaciones no controladas, como las logias, la mafia, los servicios secretos no controlados, etc.**

Es bien sabido que la democracia nació bajo la perspectiva de erradicar para siempre de la sociedad humana el poder invisible, para dar vida a un gobierno cuyas acciones deberían haber sido realizadas en público.

f) EL CIUDADANO NO EDUCADO. La sexta falsa promesa se refiere a la educación de la ciudadanía. La democracia no puede prescindir de la virtud, entendida como amor a la cosa pública, pues al mismo tiempo debe promoverla, alimentarla y fortalecerla.

Las promesas no fueron cumplidas debido a los obstáculos que no fueron previstos o que sobrevinieron luego de las transformaciones de la sociedad civil como ser: 1) complejidad de los problemas por resolver (Ej. lucha contra la inflación, el pleno empleo, la justa distribución de la riqueza) que requieren conocimientos científicos y técnicos que el hombre medio de hoy

no puede tener acceso; 2) crecimiento continuo del aparato burocrático, diametralmente opuesto al sistema de poder democrático; 3) escaso rendimiento: la **emancipación de la sociedad civil del sistema político, ha hecho que dicha sociedad se haya vuelto cada vez más en una fuente inagotable de demandas al gobierno, el cual por más eficiente que sea, no es capaz de adecuarse a ellas.** De aquí deriva el llamado "sobrecargo" y la necesidad en la que se encuentra el sistema político de tomas de decisiones drásticas.

La rapidez con que se presentan las demandas al gobierno por parte de los ciudadanos, contrasta con la lentitud de los complejos procedimientos del sistema político democrático, por medio de los cuales la clase política debe tomar decisiones adecuadas.

Actualmente el contenido mínimo del Estado democrático no ha decaído: garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia, elecciones periódicas y sufragio universal. Existen democracias más sólidas y menos sólidas, más vulnerables y menos vulnerables; hay diversos grados de aproximación al modelo ideal, pero aun la más alejada al modelo no puede ser de ninguna manera confundida con un Estado autocrático y mucho menos con un totalitario.

5. DEMOCRACIA EN EL PARAGUAY

La experiencia autoritaria del pasado ha constituido un costo muy alto pagado en monedas de vida por el pueblo paraguayo, por lo que el cambio del 2 y 3 de febrero resulta tan significativo y ha permitido el acceso a las libertades públicas que nos llevaron a consagrar una nueva Constitución Nacional, que consagra cambios principistas y estructurales muy importantes. En el primer caso porque el catálogo de derechos y garantías, en un todo congruente con los pactos y convenciones internacionales protege integralmente los derechos inherentes a la persona humana, y en el segundo porque descentraliza en alguna medida el Poder Ejecutivo consolidando al Poder Legislativo y potenciando al Poder Judicial a través de la incorporación de instituciones y mecanismos tendientes a asegurar su independencia política y administrativa.

Federico Callizo Nicora sostiene: **"Lo que se propuso la Convención Nacional Constituyente, ha sido efectuar una "reforma judicial democrática" en el Paraguay".** Se salía de un largo período de oscuridad del Poder Judicial, el cual había perdido totalmente su independencia para ser avasallado por el poder administrador. Se sabía que la reforma del Poder Judicial

era necesaria y por dicha razón se rodeó al Poder Judicial de un conjunto de disposiciones para tratar de asegurar la tan ansiada independencia del poder. En este sentido el **constituyente prestó especial atención en dos extremos: 1) el sistema o la forma de elección u nombramiento de los Magistrados Judiciales; y 2) el mecanismo de enjuiciamiento y remoción de los mismos. En este ámbito se inscribe la parte substancial de la reforma judicial intentada en el año 1992.**

6. LA CREACION DE LOS CONSEJOS DE LAS MAGISTRATURAS

Cada una de las oleadas democratizadoras que se han producido, tanto en Europa como en Latinoamérica ha incluido el intento de enfrentarse con el problema de cómo establecer un gobierno de la organización judicial que asegurara tanto su efectividad en el cumplimiento de sus funciones como la independencia del juez individual en su tarea de administrar justicia en el caso concreto. La cuestión se planteó en la segunda posguerra a la hora de establecer los nuevos ordenamientos constitucionales en Francia e Italia, países que se habían basado en el predomino organizativo del Poder Ejecutivo, plasmado en el protagonismo del Ministerio de Justicia en materias como la selección de jueces y el régimen de ascensos, el control disciplinario y la provisión de medios materiales. El descontento de este sistema provenía de su difícil compatibilidad con la independencia judicial; **aunque la inamovilidad judicial suponía una evidente garantía, al brindar al juez frente a amenazas directas por parte del Poder Ejecutivo por la vía del traslado o remoción, las competencias de ese poder en materias tan cruciales como las señaladas suponían una vía de posible influencia gubernamental, y una ausencia de lo que se ha llamado independencia "externa",** en cuanto que el Ejecutivo podía al menos condicionar la actuación de los Tribunales.

Posiblemente la no adopción del modelo americano se debió a la ausencia de una tradición de separación de poderes que atribuyera a los órganos jurisdiccionales superiores una potestad de un gobierno de la justicia.

Se ha dicho que algunos de los inconvenientes de este modelo son obvios. La especialización propia de los jueces no garantiza una adecuación de los órganos jurisdiccionales para las tareas de gestión administrativa; asumir estas tareas supone sin duda una sobrecarga de trabajo que puede repercutir en la misma capacidad de los Tribunales Supremos como órganos jurisdiccionales. Y ello aparte del peligro de una cierta confusión entre los papeles jurisdiccionales y gubernativos de estos Tribunales, al hacer coincidir en éstos la competencia de revisión jurisdiccional de las decisiones de los órganos

judiciales inferiores y la potestad inspectora y sancionadora respecto de los integrantes de éstos. Con ello, pudiera verse afectada una de las dimensiones de la independencia judicial.

Sea por éstos u otros motivos, las Constituciones Europeas de la posguerra optaron por sustituir, parcialmente, el modelo tradicional por otro en que elementos sustanciales del gobierno de los jueces se trasladaron, no a los órganos jurisdiccionales supremos, sino a órganos de nueva creación, separados en principio de los tres poderes clásicos del Estado, estos fueron los Consejos de la Magistratura.

Cabe destacar que en los países latinoamericanos, a diferencia de los europeos, las funciones asumidas por los Consejos se han limitado, por lo general, a aquellas relativas a selección de personal judicial, manteniendo a las Cortes Supremas un lugar destacado como órganos de gobierno del Poder Judicial.

En nuestro país el Consejo de la Magistratura ejerce una función específica, dentro del marco constitucional y legal (Ley 296/94), la cual se refiere a la **selección técnica de los candidatos a ejercer la función judicial.**

7. CRITICA AL MODELO EUROPEO

En los países de Europa en que se ha adoptado el modelo de gobierno que incluye la creación de un Consejo de la Magistratura, el Ministerio de Justicia, y, en general, el Poder Ejecutivo, ha conservado un notable elenco competencial, de tal manera que el gobierno de la justicia se encuentra distribuido entre varias manos.

Esa diseminación de funciones, difícilmente puede considerarse como conducente a una gestión eficiente. El actual modelo europeo implica un reparto de tareas sobre la misma materia, entre órganos muy distintos, sin que en muchos casos se produzca la necesaria coordinación.

8. ESCUELA JUDICIAL

Por Ley N° 1.376 del 30 de diciembre de 1998 se creó La Escuela Judicial, que encarga su administración y dirección al Consejo de la Magistratura, a fin de “impartir enseñanza jurídica especializada, para contribuir el mejoramiento de la administración de justicia” (Art. 1).

En este contexto cabe apuntar que dentro del proyecto de reforma judicial, que se inicia con la vigencia de la Constitución del año 1992, la creación de la Escuela Judicial constituye un hito muy importante. La formación de los jueces constituye "el punto de anclaje" de su responsabilidad intelectual y moral. Cualquiera sea las funciones que ejerzan, se inscriben en un contexto cultural, económico y político, en el cual el Juez debe esforzarse por profundizar y mejorar el modo permanente de sus conocimientos, reivindicando el valor del trabajo jurisdiccional.

A continuación transcribimos lo dicho por el maestro hispano Gregorio Alvarez Alvarez: "La teoría de la argumentación jurídica, es una cuestión que afecta tanto al juez, que me atrevo a decir que la legitimación de los **Jueces en las sociedades democráticas, tiene uno de sus pilares en la racionalidad de sus decisiones, en la argumentación, en la motivación, en el cognoscitismo y la transparencia, frente al decisionismo y la oscuridad...".** (Revista La Ley N° 2, Año 2001, pág. 138).

9. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

El Informe emitido por la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de C.S.J., año 2001, expuso lo siguiente: "Los países que han establecido en su Constitución un porcentaje del presupuesto para destinarse al Poder Judicial, lo que también se conoce como autonomía financiera o presupuestaria, son: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay.... " en el caso del Paraguay la Corte Suprema de Justicia ha venido manteniendo un criterio desde 1995 en el cual ha sostenido el principio de autonomía presupuestaria y también ha sostenido que ciertos órganos aún cuando sean auxiliares de la justicia no forman parte del Poder Judicial.

Continúa refiriendo el informe que algunos países consideran que tener un autonomía constitucional financiera ayuda a la independencia del Poder Judicial (El Salvador, Honduras), otros como es el caso de Paraguay consideran que la designación porcentual constitucional es sólo uno de los componentes de la independencia.

El art. 249 C.N. 1992, garantiza la autarquía presupuestaria del Poder Judicial.

10. LA SEPARACION RADICAL DE PODERES

Frente al modelo europeo de organización de la Administración de la Justicia que surge a lo largo del siglo XIX, y que coloca bajo la égida del Ministerio de justicia los países del otro lado del Atlántico, singularmente las antiguas colonias españolas adoptan un sistema radicalmente distinto, que bien pudiera designarse como modelo americano.

La peculiaridad del modelo americano reside en el papel directivo que se asigna a los mismos órganos judiciales y más específicamente, a las Cortes Supremas de Justicia de cada país. En efecto el gobierno de los jueces se encomienda, no al Poder Ejecutivo (en algún caso ni siquiera existe Ministerio de Justicia) sino a los propios órganos jurisdiccionales superiores, que han de cumplir así una doble función, administrativa y jurisdiccional.

La Corte Suprema aparece como centro de toda Administración de Justicia y está dotada de competencias que van mucho más allá de las meramente jurisdiccionales. En forma prácticamente general, le corresponde a la Corte la designación (y en ocasiones la remoción) de los jueces de niveles jurisdiccionales inferiores.

Como peculiaridad de muchos de los países incluidos en este modelo general, cabe señalar la garantía constitucional de una dotación presupuestaria indisponible a favor de la Administración de la Justicia, así en nuestro país es de 3% del Presupuesto del Estado (art. 249 C.N.), suma insuficiente como para poder cubrir todas las necesidades con que cuenta el Poder judicial.

En el Paraguay con la creación constitucional del Consejo de la Magistratura, la tarea de designación de funcionarios ha sido compartida por dicho Consejo, no obstante la Corte Suprema de Justicia sigue manteniendo un lugar destacado como órgano de gobierno del Poder Judicial.

11. INFLUENCIAS NOCIVAS EN EL EJERCICIO DE LOS PODERES

El ciudadano de hoy reclama vivir en un Estado libre de corrupción, o cuanto menos con índices limitados que puedan ser tolerados.

Sin embargo, la misma no será solucionada sólo en el ámbito de la justicia, ni con medidas represivas, sino con el análisis concreto de su origen y las soluciones administrativas, económicas y financieras capaces de evitar

contrarrestando el caldo de cultivo en que las mismas se generan evitando así la posibilidad de la transgresión. Sostener la tesis contraria sería llamarse al engaño que todos los recursos y los mejores sistemas puesto al servicio de la justicia para combatir la corrupción, serán siempre insuficientes y endebles ante el formidable aparato de la misma

Ningún Poder Judicial está exento de presiones económicas y políticas. Estas fluctúan en mayor menor grado de un país a otro y los desafíos a la independencia judicial adoptan formas diferentes.

Ahora bien, los sistemas de justicia y los tribunales pierden prestigio y verosimilitud cuando no son capaces de administrar justicia de manera justa, eficiente y oportuna.

Asimismo, cabe sostener que las instituciones y los procesos legales que responden a las demandas del público de obtener decisiones justas y equitativas fortalecen a la sociedad democrática. Las sentencias deben ser justas para el mendigo y para el príncipe.

Los funcionarios judiciales que ven sus papeles como la afirmación de la ley, sin doblegarse a la presión política fortalecen a la democracia. En este sentido afirmamos que hay una demanda legítima y cada vez mayor para que los funcionarios gubernamentales, tomen plena responsabilidad por sus acciones.

Las naciones democráticas que tienen sistemas legales legítimos no pueden tolerar la impunidad de actividades delictivas por parte de ningún funcionario, de lo contrario desaparecerá la confianza y el respeto del público hacia el sistema legal. Un ejemplo claro de transparencia en el derecho es el número cada vez mayor de países que exigen el proceso oral en los procedimientos de los tribunales y en la apertura de estos procedimientos al público.

Afortunadamente en el Paraguay se logra avanzar a pasos agigantados en la lucha judicial contra la impunidad, mediante la implementación del nuevo proceso oral y público, cuyos datos estadísticos arrojan resultados realmente sorprendentes tanto en materia de celeridad, como del castigo a los responsables, así de un promedio de novecientos cincuenta días de duración del juicio se redujo a un promedio de doscientos cincuenta días, sin contar con el procedimiento abreviado cuya duración es mínima, por otro lado, de un mínimo número de fallos condenatorios a responsables de hechos delic-

tuosos que oscilaba al treinta por ciento de la totalidad de las causas investigadas, hoy, se llega al noventa por ciento de condenas a responsables, demostrándose la eficacia del sistema como herramienta para luchar contra la impunidad.

Finalmente se puede afirmar que el futuro de la democracia, como un sistema de convivencia sólido, libre, eficiente y justo, depende de la consolidación de un Poder Judicial estable y fuera del alcance de las influencias políticas o grupales.

12. EQUILIBRIO DE LOS PODERES

El equilibrio de los Poderes del Estado constituye el fundamento principal de la democracia y el Estado de derecho, pues, si existiera una subordinación de uno de los poderes a otro, la potestad del ejercicio de las funciones principales del Estado estaría en manos del poder subordinante, lo cual, nos lleva a una dictadura política de orden parlamentario o de orden ejecutivo, por lo que además de la separación e independencia, el equilibrio entre las facultades constituye el cimiento sobre el cual se desarrolla la convivencia democrática.

Finalmente se puede concluir que el equilibrio de los poderes constituye en un requisito esencial para la existencia del Estado de derecho y la democracia, no es un requisito accidental, pues sin el equilibrio no podría subsistir el sistema.

PROPUESTAS PARA LA MODIFICACION DE LAS INSTITUCIONES DEL SEGURO EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO

Por Luis Fernando Sosa C. (*)

INTRODUCCION

Muchos son los acontecimientos ocurridos en los años que han pasado desde la vigencia de los textos actualmente vigentes para la regulación del contrato de seguro y de reaseguro, insertados en el Código Civil paraguayo.

Bastará nombrar la modificación que los mercados de esta especialidad han verificado, dando una dinámica contractual inusitada, que permite variaciones, nuevas estipulaciones y formas contractuales, que no pertenecían a la realidad que, en su momento, el legislador tuvo en cuenta para la redacción de aquellos textos. Es que la dinámica del comercio ha adquirido en las últimas décadas del siglo pasado una rapidez que no se conoció en anteriores períodos. Las leyes, en consecuencia, no pueden estar atadas a moldes rígidos, porque las mismas se convierten, de lo contrario, en vallas de contención al progreso, cuando no ha sido ésa, de manera alguna, la intención del legislador que las aprobó.

Y hay otro dato significativo: la creatividad de productos ha sido incontenible en el período relatado. En efecto, como nunca antes, los mercados internacionales ofrecen hoy una variedad formidable de opciones, creadas para satisfacer las necesidades de los usuarios casi artesanalmente, como si cada necesidad puntual pudiera tener una respuesta acorde de oferta por parte

*) Profesor Titular de Finanzas Públicas. Profesor Adjunto de Derecho Agrario y Ambiental. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA). Ex Miembro de la Corte Suprema de Justicia.

del mercado. Esto es muy bueno, pues se trata de ofertas de servicios que serán menos confiables y útiles cuanto más estructurados sean, sobre todo si se encuentran contenidos por normas que no permiten la flexibilidad requerida.

Por ambas razones la reforma del Código Civil en la materia aseguradora y reaseguradora constituye un imperativo, si se pretende un intenso desarrollo del mercado paraguayo hacia el reaseguro internacional, tanto en su volumen, como en la calidad del servicio de prestar.

DEFINICION DEL CONTRATO

En el artículo 1546 actual, se habla, al definir el contrato de seguro, que el asegurador se obliga mediante una prima; a lo que resulta conveniente agregar el concepto que, recíprocamente, el asegurado está también obligado al pago de la prima. El contrato de seguro es evidentemente un contrato bilateral y de la misma manera en que el asegurador se obliga a cumplir la prestación por él asumida, en el caso en que ocurra el evento previsto, debe quedar también bien en claro que existe la recíproca obligación del asegurado respecto del pago de la prima correspondiente.

Desde el punto de vista de una adecuada técnica legislativa y con el objeto de precisar los alcances de la obligación asumida por el asegurador, resulta oportuno precisar que la asunción de tal obligación es en los términos, condiciones y alcances previstos por el contrato de seguro.

LA CELEBRACION DEL CONTRATO

Deben estimarse algunos agregados al tratamiento del problema. Se confirma que la **propuesta** no obliga a ninguna de las partes. En ese camino, se agrega que si la propuesta no es aceptada dentro de los quince días, se considera *definitivamente rechazada:* lamentablemente, por razones técnicas, ninguna otra solución es posible, porque mal podría considerarse que el silencio del asegurador significa aceptación, desde que podría tratarse de negocios facultativos, cuya colocación en reaseguro demore significativamente. Consecuentemente, el establecer un plazo como el agregado, permite que el asegurable pueda buscar otro asegurador que lo cubra, en forma oportuna. Asimismo, se han agregado una serie de conductas del asegurador reveladas de la aceptación, de forma de hacer más fácil la prueba del contrato por el asegurado.

RETICENCIA

Es necesaria la exigencia del **juicio de peritos** para calificar la reticencia. Este requisito es esencial: la reticencia para ser jurídicamente tal, requiere la condición de que el asegurador debe haber conocido la verdad, pues no habría celebrado el contrato o lo hubiera celebrado en distintas condiciones; y ese requisito es de índole técnica y comercial. Consecuentemente, es muy difícil para un juez –perito en derecho– evaluar cuestiones técnicas de esa calidad. De allí la necesidad del juicio de peritos que han establecido otras legislaciones.

Se trata de un *juicio de peritos,* no de un *peritaje.* En consecuencia, el pronunciamiento del perito obliga al juez.

En principio, la reticencia debe producir la nulidad del contrato y no su anulabilidad. Se trata de un problema de orden público: ningún contrato puede estar basado en la falsedad. Otro problema es el de la reticencia de buena fe que, como excepción, debe facultar al asegurador a decir si anula o no.

Se confirma que la nulidad o no del contrato, en caso de reticencia de buena fe, es atribución exclusiva del asegurador.

PRUEBA DEL CONTRATO

Las nuevas modalidades de contratación –teléfono, fax, etc.– inducen a modificar el principio del texto actual, según el cual el contrato sólo puede ser probado por escrito –admitiéndose otras formas de prueba a condición de que haya principio de prueba por escrito– de forma que el asegurado pueda valerse de cualquier medio de prueba para acreditar la contratación de un seguro.

POLIZA

La póliza debería estar firmada por el asegurador en forma manuscrita o facsimilar, lo que implicará modificación legal del concepto de la “firma”. Se normaliza de esta forma una práctica usual en los mercados de seguros locales e internacionales en donde la gran cantidad de pólizas emitidas diariamente en forma computarizada impide la firma autógrafa del asegurador en cada una de ellas. El texto le daría fuerza legal a estos *signos,* lo que de alguna forma no es más que aceptar la realidad, la tecnología y el progreso.

INTERPRETACION DEL CONTRATO

Se agrega a la intención legislativa el Proyecto de Ley Modelo del Dr. Juan C. F. Morandi (1), artículo 26, la que se considera como una pauta interpretativa de los contratos de seguros muy útil e interesante, basada en la reiterada orientación de la jurisprudencia y de la doctrina.

PLAZO DEL CONTRATO

No es, como dice el artículo 1561 actual del Código Civil, la *naturaleza del riesgo* la que puede pautar un plazo distinto al año, sino la *naturaleza de la cobertura,* porque un riesgo puede ser cubierto de distintas maneras.

El texto actual (articulo 1562) habla de las *veinticuatro horas* para indicar el inicio y fin de la cobertura –salvo pacto contrario–, lo cual no es idiomáticamente correcto: se ha querido decir, que el plazo comienza a la hora veinticuatro y finaliza a la misma hora.

No hay razón valedera (artículo 1563 C. Civil), ni desde el punto de vista técnico, ni jurídico, como para limitar que las partes pacten renovaciones tácitas mayores a una vez. Se trata de una forma habitual en otros mercados, que permite una relación contractual menos traumática y más duradera.

SUJETOS

Se impone regular el texto actual (Parágrafo VII) para precisar los alcances de este particular tipo de seguro como es el *por cuenta ajena* o *de quien corresponda.* Se ha tratado de equiparar ambos términos para concluir con las dudas, respecto a las diferencias entre seguros por cuenta ajena y por cuenta de quien corresponda. Se han agregado también las definiciones de *tomador* y de *asegurado* y la obligación de que en este tipo de seguros se indique, expresamente, tal circunstancia, pues de lo contrario, se considerará

(1) Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi. Su vida estuvo esencialmente ligada al Derecho de Seguros, al que dedicó varios libros y numerosos trabajos monográficos, teniendo además activa participación en los temas concretos que la vida diaria iba proponiendo, ya desde su cargo de asesor letrado de la Superintendencia de Seguros de la Nación (Argentina), ya en su posterior condición de magistrado integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Profesor en varias universidades.

que el tomador lo ha hecho por cuenta propia. Se precisa también que los derechos, obligaciones y cargas que le correspondan al asegurador, como así también las denuncias, declaraciones y notificaciones que deba realizar, le corresponderán o deberán ser cumplidas por el tomador con los mismos alcances y consecuencias que le hubieran correspondido al asegurado, para evitar la reiteración en cada caso particular de los artículos de esta parte del Código Civil.

PAGO DE LA PRIMA

Como principio general, el obligado al pago de la prima es el tomador y en tal sentido es recomendable mantener el texto actual. Se hace sin embargo una modificación, para el caso de los seguros por cuenta ajena o de quien corresponda: en estos supuestos, el tomador es el obligado y también el asegurado que pretende hacer valer sus derechos emergentes del contrato. Es decir, que en la medida en que esto último no ocurra, el asegurado no estará obligado al pago de la prima; ello resulta equitativo porque si el seguro fue tomado por un tomador, sin el consentimiento del asegurado, éste no debe ser responsable del pago de la prima a menos que pretenda invocar los beneficios que resultan de la póliza, en este caso. Parece la solución justa y equitativa que se enmarca dentro del equilibrio de las contraprestaciones que resultan del contrato del seguro.

Debe esclarecerse el problema que ha dado origen a múltiples controversias: la validez de los pagos efectuados a los agentes y corredores y el momento en que se considera cumplida la obligación del tomador para con el asegurador, lo cual posee fundamental importancia al momento de considerar o no cubierto un siniestro. Se establece que la prima debe ser pagada al asegurador o la persona que por escrito él indique y se reconoce la validez de los pagos hechos a los agentes y corredores autorizados expresamente a ello por el asegurador o que tengan un un recibo oficial suyo. Se impone la figura *del mandato tácito* para los casos en los que el corredor de seguros, sin estar expresamente autorizado a ello, realiza cobros de primas que son pacíficamente aceptados por el asegurador; con ello se sigue también la orientación jurisprudencial del Derecho Comparado en la materia que se condice con la reconocida doctrina de los *actos propios.*

El texto actual (artículo 1571) establece la posibilidad de que el asegurador compense sus créditos con el tomador *en razón del contrato con la indemnización debida al asegurado.* Esta norma rompe con el principio universal de la compensación, al permitir compensar solamente los créditos na-

cidos del contrato. Es decir, que si el asegurador debe pagar una indemnización al asegurado a consecuencia de un siniestro determinado y éste mantiene deudas provenientes de otras pólizas o de oras causas, el asegurador no podría compensarlas porque dichas deudas no son *en razón del contrato.* Parece equitativo que si entre asegurador y asegurado hay créditos y deudas recíprocas y exigibles, las partes puedan compensar libremente las mismas. Esa es la razón que justifica la eliminación de las palabras *en razón del contrato;* sin embargo para preservar el equilibrio de las prestaciones dentro de pautas de razonabilidad jurídica, se agrega que el crédito del asegurador debe ser líquido, exigible y de plazo vencido, como es también una práctica universal.

Se prevé la posibilidad de que **las partes pacten la forma en que se pagará la prima,** lo que es habitual en muchos mercados aseguradores a través de las denominadas *Cláusulas de Cobranza de Premios.*

La jurisprudencia del Derecho Comparado en realidad ha aceptado varios principios que usualmente contienen las ya mencionadas *Cláusulas de Cobranza de Premios:* que la cobertura se suspenda automáticamente ante el vencimiento de pago de cualquier cuota (no solamente de la *primera* como reza el artículo 1574 actual); que pueda rehabilitarse contra el pago efectivo de todas las cuotas vencidas; y rehabilitándose, cuando los siniestros ocurridos durante la suspensión no poseen cobertura el asegurador tiene derecho, como penalidad impuesta al tomador, al cobro de las primas pertenecientes al período de suspensión.

El derecho del asegurador debe estar consagrado para rescindir el contrato por falta de pago de la prima en término, previo preaviso de treinta días, a menos que el asegurado pague la prima impaga dentro del plazo del preaviso. Resulta ser una práctica también habitual de mercado.

En caso de rescisión del contrato, lo justo es que el asegurador tenga derecho a percibir la prima por el tiempo corrido, que es donde, de alguna manera, estuvo expuesto, no por el período en que no lo estuvo.

Lógicamente, se impone el recálculo de la tarifa –como ya lo indica el artículo 1562, segundo párrafo, actual– según las tablas de período corto, de forma a evitar que el tomador contrate por un año, solamente para beneficiarse con la tarifa anual.

AGRAVACION DEL RIESGO

Por las mismas razones expuestas para el caso de la reticencia –y con los mismos alcances– corresponde el **juicio de peritos** para calificar la agravación del riesgo.

Si la agravación del riesgo proviene de un acto del asegurado o del tomador, lo razonable es que la cobertura quede automáticamente suspendida, mientras el asegurador decide si rescinde o no –siempre dentro del plazo establecido–. De lo contrario, se obligaría al asegurador a cubrir un riesgo voluntariamente agravado por los contratantes.

DENUNCIA DEL SINIESTRO

La reforma que debe introducirse al actual artículo 1589, con la expresión *"salvo que de otra forma se establezca expresamente en la ley"* es en razón de la situación que se presenta en los seguros de responsabilidad civil, por la dicotomía que existe en ellos, respecto a los conceptos de *hecho generador de la responsabilidad* y *siniestro*. No hay razón para mencionar –como lo hace el artículo 1589 actual –a los derechos habitantes: en realidad el siniestro puede válidamente ser denunciado por cualquiera; lo que hace el artículo en cuestión es precisar quiénes están obligados a ello.

INFORMACION ADICIONAL AL SINIESTRO

La jurisprudencia ha establecido que el asegurado o el tomador no pueden quedar obligados a proveer información adicional que no poseen o que, jurídicamente, no se encuentran obligados a poseer.

El asegurador debe ser diligente en el requerimiento de la información complementaria: **el principio** trata de evitar la existencia de excesos por parte del asegurador: a los efectos de beneficiarse con los plazos y extender así el pago del siniestro, formula sucesivos pedidos de información adicional que, ya desde el momento de la denuncia del siniestro, conocía que debía solicitar para liquidarlo. La jurisprudencia del Derecho Comparado ha sancionado este tipo de conductas con la conclusión del derecho a solicitar información adicional.

El término *maliciosamente* utilizado por el artículo 1590 actual, resulta impreciso. Conviene unificar la terminología, adoptando los conceptos de dolo o culpa grave, que figuran en el resto del texto.

LIQUIDACION DEL SINIESTRO

El principio que establece el artículo 1589, tercer párrafo, actual –en cuanto a la imposibilidad de condicionar la liquidación del siniestro al resultado de un proceso judicial–, ello es lógico, salvo que ese proceso sea penal fundado en un delito doloso. Es que al momento de liquidar pueden existir fundadas dudas sobre la producción del siniestro con dolo o culpa grave del asegurado– ambas razones para rechazarlo–, y esas dudas sólo podrían ser evacuadas mediante el pronunciamiento del juez penal. En esos casos, resulta equitativo que el asegurador condicione la liquidación y pago del siniestro al proceso penal.

De lo contrario, se obligará al asegurador a rechazar el siniestro *por las dudas* y, en todo caso, obligarlo a estar en otro proceso judicial, esta vez entablado por el asegurado frente al rechazo del siniestro.

La obligación del asegurador de pronunciarse sobre el derecho del asegurado, que le impone el actual artículo 1597, debe funcionar en la medida en que el siniestro denunciado tenga cobertura bajo la póliza respectiva. Con esto se trata de poner fin a las dudas y opiniones encontradas respecto de si cuando el asegurado denuncia un siniestro manifiestamente excluido de la cobertura de la póliza, el asegurador igual debe pronunciarse sobre su derecho a no ser indemnizado.

La aceptación explícita o –fundamentalmente– el rechazo del siniestro debe formularse por escrito. Debe agregarse esta exigencia al artículo 1597. La intención, sobre todo es en el caso del rechazo, para que el asegurado pueda tener todos los elementos de juicio para su defensa.

Por su parte, la aceptación tácita del siniestro –por el transcurso del período fijado– (también en el artículo 1597) no alcanza a la pretensión establecida por el asegurado. En otras palabras, el siniestro queda aceptado como cubierto, pero ello sin perjuicio de que su monto deberá ser fijado en base a una liquidación. El transcurso del tiempo imposibilita al asegurador a rechazar el siniestro, pero no a liquidarlo y establecer el monto y forma de pago.

CLAUSULAS COMPROMISORIAS

En el actual artículo 1598 **son nulas** las denominadas **cláusulas compromisorias.** El problema resulta de sustantivo interés.

En Inglaterra no está prohibido incorporar una cláusula de arbitraje en un contrato de seguros; es más, en ciertos textos usualmente utilizados en el mercado británico de seguros se incluyen cláusulas de este tipo.

La ley de seguros del Estado de Nueva York (EE.UU.) tampoco prohíbe que las partes, en un contrato de seguro, acuerden someter sus disputas a un arbitraje; sin embargo es discutible en los Tribunales si un tercero, que ha sufrido lesiones, puede ser compelido a recurrir a un arbitraje o si puede iniciar directamente una acción judicial contra el asegurador de quién cometió el acto ilícito. Sin embargo, las pólizas emitidas o entregadas en Nueva York (EE.UU.) a un asegurador, no pueden contener una cláusula de selección de ley extranjera, por lo que una cláusula de arbitraje que requiera la aplicación de una ley que no sea la de dicho Estado no será válida.

En otras legislaciones, como la **Argentina,** se coincide en la prohibición que establece el Código Civil paraguayo. En **Francia,** la inserción de una cláusula de arbitraje en un contrato de seguro no es posible salvo que se trate de un seguro celebrado entre comerciantes; en consecuencia, en la hipótesis de un contrato de seguro suscripto por una persona física no comerciante, la cláusula de arbitraje no será válida.

El artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro de **España** establece que para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro será competente el juez del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Sin embargo, el artículo 61 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros determina que si bien la regla consiste en que los conflictos deben resolverse por los jueces y tribunales competentes, los tomadores del seguro, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos con entidades aseguradoras pueden someterse voluntariamente a la decisión arbitral prevista en la Ley General para la Defensa de los Consumidores, en su artículo 31, consistente en órganos de arbitraje integrados por representantes de los sectores interesados, de los consumidores y de la Administración Pública.

Es decir, el problema presenta diferentes tratamientos a nivel mundial.

LA POSICION TUITIVA AL CONSUMIDOR / ASEGURADO

En el Paraguay actualmente la Ley 1334/98 de Defensa del Consumidor en relación a los contratos de seguros, expresamente prohíbe cláusulas de

arbitraje y la excepción se mantiene en cuanto a seguros marítimos aunque pueda ser discutible por la naturaleza de las leyes (Art. 7 C. Civil).

Carece de fundamento en el caso de los *grandes asegurados* o de los *grandes riesgos.* En estos supuestos, impedir un medio de solución de los conflictos tan oportuno y eficiente como el arbitraje, carecería de lógica.

Pues, nada impide que, después de suscitado un conflicto de interpretación o de ocurrido el siniestro, las partes elijan libremente el arbitraje –cuyos efectos serán obligatorios para ellas– como modo de solucionar el conflicto o de establecer la indemnización litigiosa.

RESCISION POR SINIESTRO PARCIAL

De acuerdo a la técnica aseguradora más elemental, la existencia de un siniestro parcial *consume* la suma asegurada, continuando el contrato por una suma reducida. Claro está que las partes pueden, desde el principio o una vez ocurrido el siniestro parcial, pactar reposiciones automáticas de suma –con o sin costo adicional– o, lisa y llanamente, pactar que, en ese contrato, la suma asegurada no se consumirá por la ocurrencia de siniestros (Art. 1594 – Código Civil).

INTERVENCION DE INTERMEDIARIOS EN LA CELEBRACION DEL CONTRATO

Corresponde actualizarse la terminología, de forma a hacerla compatible a corredores y sociedades de corretaje, dejando la palabra agente para calificar a los institorios.

Actualmente, la exigencia de la firma del corredor o sociedad de corretaje en la propuesta, está contenida en el artículo 76 de la Ley 827/96, siendo incorrecta su ubicación, por tratarse de funciones del intermediario.

AGENTES INSTITORIOS

La más moderna terminología utilizada en el mundo, habla de agentes institores o institorios para calificar a los representantes designados por el asegurador.

La designación de agentes institorios ha sido mal utilizada en muchos países del mundo para burlar las normas sobre registro de los corredores de

seguros. Corresponde aclararse en el artículo 1596 para evitar estas prácticas, estableciendo normas más precisas sobre esta forma de actuación. Asimismo, se protege al asegurado, quien en todo momento debe conocer la calidad y las atribuciones de la persona que tiene delante suyo.

SEGUROS DE DAÑOS PATRIMONIALES

Se reafirma un principio universal (artículo 1600), aclarándose que el seguro posee naturaleza indemnizatoria y, como tal, no puede dar origen a enriquecimiento indebido.

Por aplicación del principio de buena fe contractual, la intención de enriquecimiento –esta vez a través de la determinación del valor tasado– debería producir la nulidad del contrato, y así debe ser establecido.

PLURALIDAD DE SEGUROS

Debe agregarse a la denominación de *Pluralidad de seguros* (Parágrafo II de la Sección II del C. Civil), la de Doble Seguro, pues se trata de supuestos diferentes, aunque pertenecientes a una institución madre como es la de *Seguros Múltiples*, a la que pertenece también el *Coaseguro.*

Producidas las definiciones de ambos tipos, en el caso de *Pluralidad*, la comunicación del tomador a los distintos aseguradores deberá realizarse en forma escrita, con el cargado de los datos que permitan identificar los distintos contratos. La sanción será la caducidad del derecho a la indemnización, para impedir, de todas las formas posibles, la utilización de esta figura en fraude al principio que impide el enriquecimiento indebido a través del seguro.

A los efectos de evitar cualquier interpretación en contrario, se establece la forma de participación de cada contrato o de cada asegurador, en la liquidación y pago de un siniestro (artículo 1606 Parágrafo II).

La intención de enriquecimiento indebido –esta vez por la contratación de seguros múltiples (artículo 1607)– afecta al orden público. Por tanto, la solución legal debe ser su nulidad y no su anulabilidad.

Las condiciones para la existencia de un seguro múltiple debe contemplar: igual vigencia, interés asegurable e idéntico riesgo cubierto.

COASEGURO

Debe legislarse en forma específica la materia de Coaseguro. Es común en los mercados de seguros la figura del coaseguro, que se verifica cuando un mismo riesgo es cubierto bajo una sola póliza, la que es suscripta por varios aseguradores quienes participan, a todos los efectos del contrato, en proporción a sus sumas aseguradas y sin solidaridad, salvo que la misma sea puntualmente pactada. En estos casos es común que quien se denomina *asegurador piloto*, tenga la representación de las restantes y pueda cobrar la prima, hacer pagos, designar liquidador, etc. Resulta útil darle forma legal a esta figura asegurativa y establecer sus reglas básicas las que, por supuesto, son plenamente modificables por convención de parte.

Parece claro que si cada asegurador responde en proporción a su suma asegurada, el mismo principio será aplicable cuando uno de los coaseguradores cae en insolvencia. Sin embargo la práctica nos indica que a falta de una norma expresa, la situación entra en el campo de lo disputable, por lo que conviene dejarla efectivamente aclarada.

DOLO Y CULPA GRAVE

Se establece en el Código Civil que el dolo o la culpa grave (artículo 1609) –a los efectos de impedir la indemnización de un siniestro– **puede** provenir tanto del asegurado como del tomador que pretenda derechos obre la póliza. El actual texto limita este precepto al asegurador, sin advertir que, en los contratos por cuenta ajena, el tomador, bajo ciertas circunstancias, puede obtener beneficios de la póliza. En consecuencia, su dolo o su culpa grave debe ser también sancionado.

La noción de culpa grave ha dado motivo a múltiples interpretaciones, pues su definición no está insertada en la parte general del Código Civil. Se opta entonces por una definición que pretende abarcar la tendencia jurisprudencial del Derecho Comparado en la materia: habrá *culpa grave* cuando alguien –productor del siniestro– obre de una manera negligente, llevando a cabo un accionar frente al cual, cualquier diligente persona hubiera debido advertir que el siniestro se iba a producir.

GASTOS DE SALVAMENTO

En las modernas técnicas asegurativas, los gastos de salvamento –como son, por ejemplo, las costas causídicas– pueden estar incluidos dentro de la

suma asegurada, o ser debidos en exceso de ella. Debe preverse como principio general que se deban en exceso, pero que las partes pueden pactar en contrario.

SUBROGACION

La incorporación de la figura del *tomador* hace referencia a que, si él es quien obtiene el beneficio de la póliza, sus derechos contra el tercero productor del daño, también debe traspasarse al asegurador.

El actual artículo 1616 impide la subrogación en los seguros de personas; el fundamento es válido: las personas no poseen valor a riesgo y, en consecuencia, mal podría decirse que la percepción de la indemnización más la acción contra el tercero responsable, comportan un enriquecimiento indebido. Pero las modernas legislaciones, caso de la española, incorporan el principio, cuando se trata de daños mensurables, como son los gastos médicos y farmacéuticos: en estos casos, no existe razón alguna para impedir la subrogación.

Si el asegurado y/o tomador perjudican el futuro de la acción subrogatoria por el asegurador, deben perder su derecho a la indemnización, en la medida del perjuicio que provocaron.

INTERES ASEGURABLE

El interés asegurable es el objeto del contrato de seguro. Por tanto, **su inexistencia** al momento de contratar, hace nulo el contrato, precisamente por ausencia de objeto.

Pero si el interés asegurable existió al momento de contratar, **pero no sobrevive al momento del siniestro,** el asegurador se libera de la indemnización, porque el contrato había dejado de tener objeto.

La notificación del cambio de titularidad del interés asegurable, debe ser escrita, porque siendo un tema de tanta trascendencia –hace al objeto del contrato y a su existencia– no puede quedar librada a dudas y contradicciones.

Las normas sobre cambio de titularidad del interés asegurable, no resultan aplicables a algunos supuestos, como a la venta forzosa. Pero sí deben resultar aplicables al caso de la sucesión hereditaria. Ocurre que la transferencia del interés asegurable faculta al asegurador a rescindir precisamente porque lo que se cubre no es una cosa sino un interés asegurable. Entonces,

no da lo mismo cubrir el interés asegurable de una persona que de otra: la primera puede ser muy cuidadosa de su riesgo y la segunda no. Teniendo en cuenta ese cuidado es que el asegurador suscribe. Ese es el fundamento de tal posibilidad de rescindir. Ahora bien, lo que recién se relató puede ocurrir también en la sucesión hereditaria, donde el causante fuera cuidadosa y el heredero no: ¿por qué razón la ley debería obligar al asegurador a seguir cubriendo al heredero, no dándole la posibilidad de rescindir?

RESPONSABILIDAD CIVIL

Uno de los ámbitos que mayor desarrollo han tenido, ha sido el de los Seguros de la Responsabilidad Civil, habiéndose creado en el mundo coberturas que responden a las necesidades de ambas partes del contrato. Por lo tanto, corresponde conceptualizar los llamados *seguros de indemnidad* y de *reembolsos* y sus formas de contratación: *ocurrencias* y *reclamos o Claims Made.* Se busca con ello concluir con las discusiones sobre la validez o no de los seguros de reembolsos y de las contrataciones en condiciones "Claims Made" bajo los términos de las normas actuales. Pese a que dichas formas de cobertura son perfectamente admisibles con los actuales textos, puesto que los mismos no las prohíben, de esta manera se termina con cualquier discusión que pudiera surgir.

Ocurre que la de indemnidad, resulta como forma más tradicional de otorgar estas coberturas a saber: el asegurador se obliga a *mantener indemne* el patrimonio del asegurado, cuando el mismo sea atacado por un tercero, que pretenda una indemnización. Esta indemnidad prometida por el asegurador impone ciertas obligaciones de su parte: no solamente debe la indemnización que corresponda, sino que también debe proteger a su asegurado otorgándole, en principio, asistencia jurídica para defenderlo. Asimismo, debida una indemnización al tercero damnificado, el asegurador deberá desembolsarla *antes* de que lo haga el asegurado, evitándole un daño a su patrimonio.

Pero los seguros de *indemnidad* pueden a su vez contratarse bajo dos modalidades, en base a *ocurrencias* o en base a *reclamos.* **La primera** es la forma más tradicional de cobertura: el asegurador mantendrá indemne el patrimonio del asegurado –o reembolsará lo que él hubiera abonado, de acuerdo a que se trate de un seguro de indemnidad o de reembolso– toda vez que el hecho generador de dicha responsabilidad haya ocurrido durante la vigencia del contrato de seguro. **La segunda** otorga idéntica indemnidad, pero toda vez que el reclamo y no el hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del seguro.

Para el asegurado los seguros *Claims Made* presentan la desventaja que si al terminar la vigencia de la póliza no se ha presentado un reclamo, dicho asegurado se queda sin cobertura para el futuro –bajo dicha póliza, obviamente– respecto de hechos ocurridos durante tal vigencia. Pero el reconocimiento de esta circunstancia no alcanza para impedir su existencia, pues, en todo caso, toda forma contractual posee límites y exclusiones, frente a las cuales no progresa ningún reclamo de indemnización.

Por otro lado, **la cobertura Claims Made** le otorga dos beneficios interesantes al asegurado: **por un lado** la posibilidad de una cobertura retroactiva –que la de "ocurrencias" por su naturaleza le niega– y **por el otro** la posibilidad que, año a año y con respecto a eventos siniestrales anteriores, el asegurado pueda aumentar la suma asegurada de acuerdo a sus necesidades.

Esta forma asegurativa surgió como la única posibilidad del mercado reasegurador de primer nivel, de dar cobertura a los riesgos denominados de *larga cola (long tail),* **constituidos por aquellas responsabilidades cuyas acciones de reclamo poseen largos períodos de prescripción**. La posibilidad de ser reclamados muchos años después de la ocurrencia del hecho generador, obligaba al mercado asegurador y reasegurador a mantener las reservas de primas abiertas por períodos muy largos y a someterse a tendencias jurisprudenciales no previstas al momento de suscribir, pero presentes al momento de finalizar los procesos judiciales de responsabilidad.

Distinta es la cobertura bajo la forma de **contratación denominada *Reembolsos:*** por ella el asegurador sólo se obliga a reembolsar los que el asegurado hubiera abonado *antes,* al tercero, en virtud de su responsabilidad. Constituyen coberturas denominadas *pay to be paid* (pagar para ser pagado). Son muy propias de los denominados *Seguros de Protección e Indemnidad (P&I)* y suelen ser utilizadas en coberturas de responsabilidades derivadas de la fabricación o ventas de productos, cuando su colocación se hará en países distantes donde el asegurador no puede ejercer –por razones de distancia– la conducción jurídica de los procesos de responsabilidad: en esos casos, deriva en el asegurado la asistencia jurídica y el pago, y luego la reembolsa lo que hubiera indemnizado al tercero.

También esta cobertura de *Reembolsos* puede contratarse con base *ocurrencia* o con base a *reclamo.*

Una de las críticas que se le ha hecho a los seguros de base *Claims Madle* es que, ocurrido un acto ilícito que genera la responsabilidad del ase-

gurado sin que haya un reclamo, el asegurador podría rescindir la póliza y dejar sin protección asegurativa al mismo; esto podría ocurrir si al vencer la póliza la misma no es renovada por decisión del asegurador. Para evitar esta situación, se recurre a fijar un *plazo especial extendido,* en el que los reclamos que se le hagan al asegurado, por hechos cometidos durante el período convenido, se considerarán también cubiertos. Esta solución es (en líneas generales) la de la Legislación española y la que aparece en varias pólizas utilizadas en el mercado norteamericano (Derecho Comparado).

COSTAS Y GASTOS EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Respecto de tan importante cuestión, se deben considerar una serie de principios nuevos:

1. En los casos en los que el asegurador haya asumido la dirección del proceso mediante la intervención de profesionales por él designados, el asegurado no será responsable del pago de los honorarios correspondientes a tal intervención (artículo 1645 inciso a). Se recoge la triste experiencia de muchos asegurados en aseguradores liquidados quienes, además de no ser indemnizados, al final del proceso judicial terminaron pagando además los honorarios de los abogados designados por el asegurador fallido.

2. Resulta necesario ratificar que, con el depósito previsto en este inciso del total de la suma asegurada, el asegurado quedará liberado de toda responsabilidad bajo la póliza en relación con el reclamo del tercero que ha dado lugar a tal depósito o del hecho que generó la responsabilidad del asegurado (artículo 1645 inciso a).

COBERTURA DE MULTAS EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Es admisible la cobertura de multas sólo en el caso de que el asegurado deba pagarlas por el hecho de las personas por quienes deba jurídicamente responder. Ello, por cuanto de tal manera no se altera el espíritu de la prohibición general, cual es evitar que la multa, al ser reparada por el asegurador, no cumpla con su misión ejemplificante, por cuanto, en este caso, no se deriva de un hecho del propio asegurado.

DOLO Y CULPA GRAVE EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La redacción del actual artículo 1648 del C. Civil puede dar lugar a dudas, ya que si bien el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado en caso

de dolo o culpa grave *"suyo"*, no está claro en que situación quedaría el asegurado frente al tercero que lo cita en garantía. Para evitar dudas y darle mayor confiabilidad al sistema, debe modificarse la primera parte del artículo de forma tal que sea el asegurador quien queda liberado de responsabilidad en los casos de dolo o culpa grave del asegurado.

DENUNCIA DEL SINIESTRO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En estos seguros se verifican dos momentos diferentes, que llevan al asegurado a la obligación de denunciar: el hecho generador, si razonablemente presume que de él podrá derivarse un reclamo, y en realidad, *el siniestro.* Tal diferencia debe estar legalmente prevista.

DEFENSAS OPONIBLES PARA EL ASEGURADOR CITADO EN GARANTIA

El concepto de *siniestro* que aparece en el tercer párrafo del artículo 1651, debe reemplazarse por el de *hecho;* con ello se ha recibido la orientación jurisprudencial mayoritaria sobre el tema en cuestión. Es que el *siniestro* en los seguros de responsabilidad civil no está constituido por el *hecho generador,* sino por el *reclamo:* si no hay reclamo de un tercero –aunque haya existido un hecho dañoso– no hay afectación del patrimonio del asegurado, que es justamente lo que el asegurador ha cubierto.

LEGISLACION ESPECIFICA PARA LAS POLIZAS DE REEMBOLSO

En las pólizas de *reembolsos* quien atiende y defiende el reclamo es, normalmente, el propio asegurado; por lo que las normas en materia de "costas" debe tener un tratamiento diferente al de los seguros de indemnidad. A veces, en el mercado estadounidense por ejemplo, el asegurador provee al asegurado de un *panel* o lista de abogados de una jurisdicción determinada, de entre los cuales dicho asegurado deberá seleccionar quien lo defienda.

En este tipo de seguros, por sus características, no hay citación en garantía contra el asegurador, pues hasta que el asegurado no haya pagado previamente, éste no tiene derecho a ser indemnizado. Sin embargo y siguiendo los principios legislativos de algunos países, se ha adoptado una solución que contempla adecuadamente los intereses del asegurador y del asegurado, en conjunción con los del tercero damnificado. Así, si el asegurador conoce la existencia del pleito, por denuncia formulada por el asegurado, y, consecuen-

temente, podría haber intervenido o cuidado de la buena defensa, la sentencia hará cosa juzgada y será ejecutable contra él.

OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS

Tres tipos de normas se consideran:
— Las absolutamente inmodificables, porque hacen al orden público;

— Las que sólo pueden ser modificadas a favor del asegurado. Caso contrario, la modificación resultará nula. En este supuesto, a los efectos de una mayor advertencia de la modificación por parte del asegurado, se establece que las modificaciones no pueden formar parte de las Condiciones Generales;

— Las que pueden ser libremente modificadas, por acuerdo de partes.

En todos los casos, se deben mencionar los artículos específicos; de esa manera se evitan interpretaciones doctrinarias contradictorias.

GRANDES ASEGURADOS Y GRANDES RIESGOS

Siguiendo modernas legislaciones, se instituyen este tipo de asegurados o riesgos, frente a los cuales no resulta necesaria una actitud tutelar por parte de la ley. En efecto existen asegurados –por su propia envergadura o por la calidad de los riesgos que son de su pertenencia– que poseen tanto conocimiento en materia de seguros como los aseguradores o que, por lo menos, pueden contratarlo. Consecuentemente, no podrían ser sorprendidos en su buena fe por el asegurador, quien, basándose en su mayor capacidad y conocimiento, impusiera condiciones contractuales poco convenientes para el asegurado.

Por tanto, la posibilidad de que los contratos de seguro en particular, no atiendan ciertas normas del Código –sino que las soluciones sean buscadas por las partes de acuerdo a sus particulares conveniencias– es mayor.

Lógicamente, quedan a salvo las denominadas *normas de orden público,* pues en ellas está involucrada la seguridad jurídica general y la ética que un Estado decide imponer a las relaciones entre sus particulares. Por tanto, esas normas también son inmodificables en los contratos de *grandes asegurados* o *grandes riesgos.*

SEGUROS DE PERSONAS

El otro ramo que ha revestido cambio mundial, ha sido el de Seguro de Personas, constituyendo una formidable base de ahorro nacional en los países más desarrollados. Por tanto, se requiere modificar sustantivamente las legislaciones que han quedado atadas a las formas tradicionales de cobertura, dándose una amplitud que permita comprender nuevas modalidades de contratación.

SEGUROS SOBRE LA VIDA

Se admite nueva definición de los Seguros sobre la Vida, comprendiendo a todos los que se refieren a la vida o a la salud de las personas. De esta manera quedan comprendidas todas las variables existentes.

Se establece un reenvío a todas las disposiciones del Capítulo del Código Civil –es decir las Secciones I y II– en la medida en que las soluciones allí dispuestas no tuvieran un distinto contenido en esta Sección III.

CAPACIDAD DE CONTRATAR SEGUROS SOBRE LA VIDA

Un menor de edad, mayor de 18 años, tiene ya capacidad laboral. Por tanto, debe ubicarse en igualdad de condiciones, cuando el seguro lo paga de su propio peculio. No existen razones para limitarle –como lo hace el artículo 1663 actual– la libertad de elegir a los beneficiarios.

Los seguros sobre la vida de un deudor se utilizan cada vez con mayor frecuencia, a los efectos de garantizar el recupero del crédito otorgado, en caso de muerte del deudor. Pero no resulta lógico que el acreedor perciba un beneficio superior al monto del crédito impago a la fecha de la muerte, pues estaría lucrando indebidamente. Por tanto, el exceso beneficiaría a los beneficiarios instituidos o a los herederos, según el caso.

Si existe un tomador asegurando la vida de un tercero, él, como contratante, debe dar cumplimiento a las cargas de los asegurados o beneficiarios, incluyendo las denuncias.

RETICENCIA EN SEGUROS SOBRE LA VIDA

Deben asimilarse los conceptos de reticencia a los previstos en la Sección I. El segundo párrafo del artículo 1665 prevé la incontestabilidad del

contrato, una vez transcurridos los tres años, plazo que puede ser variado por acuerdo de partes, siempre que no se lo abrevie y que no se lo extienda.

Cuando la reticencia o falsa declaración no es *dolosa* se trata de preservar la relación contractual y evitar su nulidad, previéndose entonces que el reajuste del contrato puede serle impuesto al asegurador si el riesgo hubiese sido aceptable para él según sus sistemas de selección de riesgos o sus prácticas comerciales. Esta solución defiende el mantenimiento del seguro, pese a la reticencia, si el asegurador de haberla conocido, igual hubiese aceptado el riesgo aunque en otras condiciones.

En el contrato, si resultara reajustable, se prevén las normas a seguir en caso de que el asegurador advierta la circunstancia antes o después de ocurrido el siniestro.

Si el contrato no fuera reajustable, devendrá nulo, por efecto de la reticencia. No sería lógico que el asegurador retuviera la prima, por cuanto que estamos frente a una reticencia de buena fe. Pero sí resulta lógico, que retenga el importe de todos los castos que demandó la contratación y la alegación y prueba de la reticencia.

El asegurable comete reticencia al tiempo de la solicitud o propuesta del contrato. Para ello las preguntas formuladas por el asegurador deben ser claras y concretas, y no admitir dobles respuestas. Caso contrario, no puede imputársele al asegurable el haber respondido incorrectamente.

Por otro lado, la reticencia no puede ser invocada cuando, al tiempo de la celebración del contrato, el asegurador conocía o debía conocer la verdad, por cuanto en este supuesto, no hubo engaño del asegurable que lo perjudicara. Se trata de una aplicación más de la teoría de los *actos propios*.

En un seguro colectivo, la reticencia de algunos no puede perjudicar al resto. Pero declarada la reticencia de algunos, el tomador puede rescindir el contrato respecto de los demás, por no convenirle ya la contratación colectiva. En este caso, será nulo el vínculo jurídico respecto de los asegurados reticentes y para el resto, el contrato quedará rescindido.

La rescisión que establece el actual artículo 1666 no es propia del instituto de la reticencia que, en todo caso, siempre hace aplicable el régimen de la *nulidad* o de la *anulabilidad,* por cuanto la celebración del contrato está afectado desde el inicio.

EDAD DEL ASEGURADO AL CONTRATAR EL SEGURO SOBRE LA VIDA

El cómputo de la edad erróneamente declarada, debe realizarse al momento de iniciarse la vigencia del contrato.

Se prevé el caso de que el asegurador descubra la edad errónea mayor después de abonado el siniestro: en ese caso tiene derecho de repetir lo pagado en exceso.

A la vez, si la edad verdadera fuera menor, el asegurador deberá devolver la reserva matemática constituida en exceso, pero sin intereses, por cuanto el error no le pertenece.

AGRAVACION DEL RIESGO EN LOS SEGUROS SOBRE LA VIDA

Es preciso definir la agravación del riesgo por cambio de profesión, conforme al sistema general de este instituto.

Existiendo agravación del riesgo fundada en que el asegurador hubiera tomado el riesgo a condiciones más desfavorables para el asegurado –por ejemplo, a una prima mayor o con menor cobertura– se impone la continuidad del contrato, con el correspondiente reajuste. Esto, en por del principio de la validez de los actos jurídicos.

FALTA DE PAGO DE LA PRIMA EN LOS SEGUROS SOBRE LA VIDA

Se requiere la existencia de un artículo en base a los efectos de que no pueda imponerse la denominada *Cláusula de Cobranza del Premio*, con el efecto de la suspensión automática, a los Seguros sobre la vida. Se trata de una decisión de política aseguradora, por la cual se le da una mayor protección al asegurado de esta rama.

RESCATES

Se establece el “principio” según el cual el rescate siempre es debido, aun en caso de rescisión o eximisión de las obligaciones de indemnizar. Es que el valor de rescate está integrado con la prima de ahorro, pagada por el asegurador en exceso de riesgo. La prima puede ser pagada por cualquier persona.

DOLO Y CULPA GRAVE DEL ASEGURADO EN LOS SEGUROS SOBRE LA VIDA

En los Seguros sobre la vida, sólo el dolo del asegurado, y no su culpa grave, libera al asegurador. Se trata de un principio de política aseguradora, que protege con mayor eficiencia a los asegurados de esta rama.

SUICIDIO

El plazo para que el suicidio no sea alegado, es válido mantener en tres años, debe establecerse la posibilidad de que, de común acuerdo, se fije un plazo *menor,* aunque nunca menos de un año, por considerar lo contrario como afectación de la seguridad jurídica, ante la posibilidad de fraude en la contratación.

ACTO ILICITO DEL TOMADOR Y DOLO DEL BENEFICIARIO

El actual artículo 1671 del C. Civil establece la liberación del asegurador frente al acto *ilícito* del tomador. No resulta correcto, pues si solamente el *dolo* del asegurado libera al asegurador, consecuentemente sólo el dolo del tomador debe liberarlo.

Pero no hay razón por la cual el dolo del beneficiario libere al asegurador, porque el beneficiario no es contratante. De tal manera que su dolo sólo le hará perder *su* derecho a la indemnización, pero la misma será exigible por los otros beneficiarios, que acrecerán en su derecho, o por los herederos legales, si no hay otros beneficiarios instituidos.

SALVAMENTO EN LOS SEGUROS SOBRE LA VIDA

El actual artículo 1685, no prevé la sanción para el incumplimiento de la carga. Debe preverse, limitando su aplicación al caso de *dolo o culpa grave,* siguiendo el principio general expuesto en los seguros patrimoniales.

PRESTAMOS SOBRE LA POLIZA

La posibilidad de solicitar préstamos sobre la póliza, deviene de la existencia de reserva matemática, o sea, depende del derecho a rescate y no, como menciona el actual artículo 1676, de hallarse al día con el pago de las primas, por cuanto es común, inclusive, que los propios planes técnicos establezcan la posibilidad de pedir préstamos para el pago de la prima adeudada.

BENEFICIARIOS

El beneficio del seguro no forma parte de la herencia. Por tanto la no aceptación de ésta no perjudica el derecho a percibir el beneficio (artículo 1678).

La costumbre social actual, más tendiente a la existencia de más de un matrimonio en la vida de una persona, aconseja formular la aclaración de que la designación del cónyuge, sin otra precisión, atribuirá tal condición al sobreviviente que lo sea legítimamente en el momento del fallecimiento del asegurado (artículo 1678).

NUEVAS FORMAS ASEGURATIVAS DE LOS SEGUROS SOBRE LA VIDA

Hay normas que no están actualmente contempladas en el Código, pero que refieren a las formas particulares de los seguros sobre la vida, debiendo definirse las diferentes variables. Establecer un catálogo de dichas posibilidades, sus definiciones y principales efectos (Art. 1650 o 1683). Ver “Seguros sobre la vida”, pág. 10 de esta monografía.

SEGUROS COLECTIVOS

El seguro colectivo se basa, usualmente, en la fijación de una *prima promedio*, que puede variar por dos razones: o por la modificación de los componentes del grupo o por su envejecimiento. No resulta prudente –es más, resulta antitécnico– que, frente a estas circunstancias, la prima promedio permanezca incólume. De tal manera que debe facultarse al asegurador a ir modificando, siempre que lo haga en función de las bases técnicas tenidas en cuenta al momento de contratar el seguro.

Pero en caso de hacerlo unilateralmente, el contratante tendrá derecho a rescindir el contrato, quedando cada asegurado con derecho a transformar su cobertura en un seguro individual, de acuerdo a los planes técnicos del asegurador, pero sin presentar nuevos requisitos de asegurabilidad, pues si era asegurable antes, también resultará asegurable ahora.

CONTRATO DE REASEGURO

La actual normativa legisla el tema muy parcialmente, no receptando toda la problemática que se ha debatido en los últimos años. El desarrollo del

reaseguro en la República requiere ya una normativa que, aunque escasa –por tratarse de un contrato entre pares– deben contemplar variables que permitan a las partes hacer previsibles su relación.

Si bien el contrato de reaseguro pertenece al género de los contratos de seguro, conviene diferenciarlos, puesto que el primero se trata de una especie de los segundos, indicando asimismo la posibilidad de contratar con uno o varios reaseguradores, posibilidad esta última más frecuente que la primera.

La existencia del contrato de reaseguro es jurídicamente abstracta para el asegurado: el principio ya se encuentra establecido en el artículo 1693 actual y se corresponde con una norma universal, según la cual la existencia del reaseguro no modifica la obligación total –dentro del límite del seguro emitido– del asegurador frente al asegurado. El asegurador no podrá nunca invocar la falta de asistencia del reasegurador en el siniestro, como para limitar o excluir su responsabilidad frente al asegurado. De allí la nulidad total de las denominadas *Cláusulas de Pago Simultáneo,* tal como se establece en el segundo párrafo del artículo 1694.

VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE REASEGURO

La doctrina y el Derecho Comparado reconocen la más absoluta libertad de las partes de un contrato de reaseguro para fijar las reglas de su relación. No se requiere aquí la presencia de normas tuitivas, pues se trata de un contrato *entre pares.* Sin embargo, los únicos límites que resultan oponibles a esta libertad son la moral, el orden público nacional y –lo que es lo mismo– las normas inderogables que ya se han fundamentado en el artículo 1662.

Asimismo, el artículo 1690 establece el orden de prelación normativo:
— Primero las propias normas del contrato;
— Luego las normas del Capítulo referido al contrato de reaseguro;
— Los usos y costumbres universales del reaseguro;
— Y por último las normas sobre contrato de seguro, en tanto las mismas resulten compatibles con la naturaleza propia del contrato de reaseguro.

CONTRATOS DE RETROCESION

Los contratos de retrocesión vinculan a los reaseguradores con otros reaseguradores a los que les ceden porciones de los riesgos recibidos de los aseguradores. Son contratos típicos de reaseguro. Consecuentemente, se les aplican las mismas normas.

LEY APLICABLE Y JURISDICCION COMPETENTE EN LOS CONTRATOS DE REASEGURO

Entre las libertades que poseen las partes del contrato, se encuentra la fijación de la ley aplicable al mismo para regir las situaciones no resueltas en el texto. Resulta ser un principio universalmente aceptado que si las partes no la han establecido taxativamente, la ley aplicable es la del domicilio del asegurador–cedente. El principio es compatible con otro que rige el derecho internacional privado, según el cual, de no preverse expresamente, la ley aplicable es la del lugar de ejecución del contrato: como el contrato de reaseguro tiene por objeto mantener indemne el patrimonio del asegurador en virtud de desembolsos que deba hacer por siniestros previstos en los seguros emitidos, el lugar de ejecución es el de residencia ficta de ese patrimonio, que es el domicilio del asegurador.

Lo propio corresponde decir para la jurisdicción competente.

ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE REASEGURO

El arbitraje es el modo natural de solución de conflictos nacidos de los contratos de reaseguro. De modo que la prohibición establecida para las cláusulas compromisorias en los contratos de seguro o efectos de la Ley de Protección al Consumidor (Ley Nº 1334/98), no rige aquí de manera alguna.

ACTUACION DE LOS BROKERS DE REASEGURO

El broker de reaseguro posee, internacionalmente, funciones más extensas que el corredor de seguros, pese a la misma calidad de intermediario. Ello resulta del desconocimiento personal que existe entre las partes del contrato de reaseguro –lo cual obliga a que el asegurador–cedente, se entienda solamente con el broker. Por lo tanto, es un principio también reconocido que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del asegurador frente al broker, resulta cancelatorio. Desde ya que el reasegurador así no lo crea conveniente, podría pactar una solución contraria.

ACCIONES ENTRE ASEGURADO Y REASEGURADOR Y VICEVERSA

Se ha dicho ya que entre el asegurado y el reasegurador no existe acción de reclamo, ni de indemnización ni de primas. Es un principio universal. La unidad de las cláusulas que contradigan **este principio es de orden públi-**

co, pues se encuentra comprometido un principio adicional, pero igualmente prioritario: en caso de liquidación del asegurador–cedente, los recuperos del reaseguro benefician a todos los asegurados y no al que sufrió el siniestro en particular. Entonces, de poder establecerse acción entre un asegurado y el reasegurador, el primero obtendría un superprivilegio frente a la masa de asegurados y beneficiarios.

La única excepción admitida al principio recién enunciado, la constituyen las denominadas *cláusulas cutthrough.* Se trata de cláusulas que, insertas en el contrato de seguro, se encuentran destinadas, sin embargo, a influir sobre el contrato de reaseguro. Si bien son de validez controvertida, no se encuentran razones valederas para prohibirlas, pues suelen ser de gran utilidad para el desarrollo de los negocios internacionales. Sin embargo, su aceptación debe estar sujeta a dos grandes limitaciones:

— Que no se utilicen en fraude a las normas fiscales del país del asegurador. Norma que, de todas maneras, no altera la validez de la cláusula y será reprimida por las leyes fiscales;

— Que la cláusula deje de tener toda validez en caso de revocación de la autorización para operar de la aseguradora–cedente. Esta mención, que encuentra su ubicación lógica en este artículo, debe su existencia a la preservación del principio de igualdad de todos los acreedores por siniestros en caso de liquidación del asegurador.

PRIVILEGIO ESPECIAL DEL CONJUNTO DE ASEGURADOS SOBRE LOS RECUPEROS DE REASEGURO

Se trata de otro principio de reconocimiento universal. Los asegurados y beneficiarios gozan de *privilegio especial* sobre los montos recuperados de los reaseguradores. El principio es absoluto y deviene de la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro: se trata de un seguro de responsabilidad que protege el patrimonio del asegurador. No cubre al asegurado, sino al asegurador. Por tanto, el único acreedor del reasegurador es el asegurador y en caso de liquidación de éste, los fondos recuperados ingresan a la masa, para ser distribuidos con el privilegio mencionado.

COMPENSACION DE CREDITOS ENTRE CEDENTE Y REASEGURADOR (ART. 1695)

La redacción debe ser más clara. La compensación de créditos y débitos en el contrato de reaseguro, resulta ser irrestricta, y se aplica aun después

del auto de apertura de liquidación. En este sentido, constituye una excepción al principio de las leyes de quiebras, que suelen establecer que la compensación sólo es posible hasta el auto de apertura. La discusión internacional ha sido intensa en este sentido, sobre la prevalencia de las leyes de quiebras nacionales sobre este principio del contrato de reaseguro.

Es que los contratos de reaseguro presentan características muy especiales, fundamentalmente en el caso de los denominados *reaseguros no proporcionales.* En estos contratos, cuando el asegurador–cedente entra en liquidación, el reasegurador podrá tener créditos ciertos y exigibles derivados de las primas mínimas y de depósito –MINDEP– o de la prima de ajuste por diferencia entre la prima estimada declarada –EPI– y la producción real del año de vigencia del contrato, o de primas de ajuste por "Burning, Cost" o de primas de restablecimiento de suma reasegurada por consumo de ella a causa de siniestros.

A la fecha de la liquidación del asegurador puede haber también importantes créditos eventuales, relacionados con siniestros pendientes de liquidación que se transformarán en deudas de reasegurador ciertas y exigibles en la medida en que exista un reclamo y el mismo tenga la adecuada cobertura asegurativa. Lo que ocurre es que, en muchos contratos *no proporcionales*, cada pago indemnizatorio puede dar lugar a un ajuste de la cuenta del año respectivo, con la consecuente reposición de la suma reasegurada y pago de prima, pues de lo contrario los siniestros futuros carecerán de reaseguro. Por supuesto que la liquidación del asegurador–cedente va a tener que pagar las primas correspondientes, pues de lo contrario, no va a haber cobertura bajo el respectivo contrato de reaseguro.

Si la liquidación del asegurador–cedente no pagara las primas adicionales o no se le permitiera al reasegurador compensarlas con eventuales indemnizaciones a su cargo –lo cual ocurriría si no se permitiera la compensación irrestricta–, el reasegurador no quedaría obligado a indemnizar y declinaría responsabilidad, con el consecuente perjuicio para la liquidación y de los propios asegurados, que se verán así privados de fondos importantes que, de alguna forma, iban a servir para el pago parcial o total de las indemnizaciones aseguradas debidas.

En rigor, el actual artículo 1695 ya establece la compensación irrestricta, pues no indica que la misma sólo es válida hasta el auto de apertura.

Sean nuestros agradecimientos a la cooperación académica del Dr. Héctor Perucchi, de significativa importancia para la realización de esta monografía.

BIBLIOGRAFIA

Halperin, Isaac. *"Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20091 y 22.400"* Tercera Edición Actualizada y ampliada por Nicolás Barbato. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 2001.

López Saavedra, Domingo Perucchi, Héctor. *"El Contrato de Reaseguro y temas de Responsabilidad Civil y Seguros"*. Ediciones La Ley S.A. Buenos Aires, 1999.

Conclusiones del I al VIII Congreso de Derecho de Seguros, AIDA–CILA.

Código Civil Paraguayo. Comentado por el Dr. Miguel Angel Pangrazio.

CONSIDERACIONES PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL

Por Carlos V. Kohn B. (*)

El nuevo Código Penal Paraguayo incluye numerosos nuevos delitos y establece un nuevo sistema para la medición de las penas; es un Código moderno y progresista pero siendo obra humana, es perfectible.

En los últimos años, rápidamente aparecieron nuevas figuras delictivas, no previstas en nuestro Código Penal, que en una próxima reforma deben ser estudiadas.

Se impone también el aumento de la penalidad, de ciertos delitos alarmantes en nuestro medio, como el ***"Secuestro".***

Con la aparición de los nuevos Códigos Penales de España, El Salvador y Colombia, la ciencia penal se vio enriquecida en los últimos adelantos que consagran al Derecho Penal como ciencia dinámica y progresista.

Por eso decimos, que siendo una gran obra, nuestro Código Penal necesita la inclusión de nuevas figuras delictivas y algunas modificaciones que se señalan en este trabajo.

Este trabajo pretende dar algunas ideas, aclaraciones para el estudio de una próxima reforma del Código Penal.

---

*) Titular de la Cátedra de Sucesiones. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Asunción.

I. DELITOS NO TIPIFICADOS EN LA LEY Nº 1160/97. CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

1. TRAFICO DE INFLUENCIA

El tráfico de influencia, en doctrina, se da cuando un funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad, prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo, o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, con este o con otro funcionario o autoridad, para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o un tercero, conforme al Art. 428 del Código Penal Español.

1.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se protege, en el delito de tráfico de influencia, es el buen funcionamiento de la administración pública.

Nos encontramos ante supuestos en los que se ejerce presión sobre autoridad o funcionario, respecto de los que se tiene una situación de prevalimiento para conseguir la resolución que se desea. La resolución debe ser injusta, las vulgarmente conocidas ***"RECOMENDACIONES"*** que son una práctica rutinaria en nuestro país. Sólo caben las conductas dolosas, no admitiéndose la conducta culposa.

También el particular puede ser sujeto activo, en el delito de tráfico de influencias, que se tipifica cuando: ***"El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución, que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para tercero".*** Ver Art. 429 del Código Penal Español.

En este caso, es el particular el que influye en el funcionario público o autoridad. Sólo son posibles las conductas dolosas.

"También es delito el ofrecimiento de uso de influencias, en los casos de quien ofrece a realizar el tráfico de influencias, y solicita de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptare ofrecimiento o promesa". *Ver Art. 430 del Código Penal Español.*

1.2. Penas

Las penas, para el tráfico de influencias, debe ser de un año a dos años de pena privativa de libertad.

La tipificación del delito de tráfico de influencias, es de extraordinaria importancia, para evitar los pedidos o presión a los jueces. Será de gran beneficio para la Justicia Nacional.

2. MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS

Este delito no está previsto en el Código Penal.

Etimológicamente, malversar proviene del latín ***"male y vesare",*** significa ***"invertir mal"*** y consiste en dar a los caudales o efectos que se administran una aplicación distinta a aquella a la que estuvieren destinados.

Cuando en el Presupuesto de la Nación, se establece una suma determinada para construcción, y se usa ese dinero para comprar un automóvil a nombre de la institución, el dinero mal empleado siempre queda en la Institución; éste es el caso típico de malversación de caudales públicos.

2.1. Sujetos

El sujeto activo es siempre un funcionario público, el Ordenador de Gastos Públicos, Ministros, Giradores, Presidente y Consejeros de Entes o Instituciones Públicas, como Ande, I.P.S., etc.

EL PECULADO es el hecho de sustraer o consentir que otro sustraiga los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a la administración o custodia del autor.

El peculado es un delito, independiente y diferente a la malversación de caudales públicos.

2.2. Penas

La pena será establecida, según el monto de lo malversado, que será de dos a veinte años de pena privativa de libertad.

3. DELITO DE CONTRABANDO

El delito de contrabando no está previsto en el Código Penal.

La penalidad del delito de Contrabando no está prevista en el Código Aduanero.

El delito de contrabando está tipificado y penado en el Decreto-Ley Nº 71 del año 1953, está firmado por el Presidente de al República Dr. Federico Chávez y el Ministro de Defensa Nacional Guillermo Enciso Velloso, amparados por la Constitución Nacional del año 1940, que admitía que el Presidente de la República sea colegislador.

La nueva Constitución de 1992, en su artículo 3, establece el Sistema de Separación de Poderes. Solamente al Poder Legislativo le corresponde la función de legislar leyes.

Cuando el Poder Ejecutivo dicta Decretos-Leyes que tipifican delitos y establecen penas, que es el Decreto-Ley Nº 71 del año 1953, incurre en usurpación de funciones condenado por el Art. 3 de la Constitución Nacional de 1992. En el mismo sentido ver ***CARLOS FONTAN BALESTRA, en Derecho Penal, Tomo I, pág. 230, Nº 9. JORGE E. VAZQUEZ ROSSI y RODOLFO FABIAN CENTURION, en Código Procesal Penal Comentado, año 2002, pág. 18, RAUL WASHINGTON AVALOS, en Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 20.***

El principio de Legalidad, fundamento del Derecho Penal exige desde ***BECCARIA,*** que los delitos y las penas, deben estar establecidas en leyes anteriores a la comisión del delito, conforme al Art. 9 in-fine y 17 inc. 3) de la Constitución Nacional de 1992. En materia penal, no son aplicables los Decretos-Leyes. En el mismo sentido ver ***OSCAR PACIELLO, en Nullum Crimen Sine Lege, Asunción 1989, págs. 64 y 91. MAXIMO PACHECO G. en Teorái del Derecho año 1990, Santiago de Chile, pág. 225. GREGORIO BADENI en Instituciones de Derecho Constitucional, Tomo I, año 1997, pág. 250, Nº 18, JORGE A. CLARIA OLMEDO, en Tratado de Derecho Procesal Penal, Año 1960, Tomo I, pág. 222. CARLOS FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, año 1970, pág. 225.***

Por el Principio de la ***SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION*** consagrada en el Art. 137 de la C.N. ***LA LEY SUPREMA DE LA REPUBLICA, ES LA COSNTITUCION.***

La delegación del Poder Legislativo en el Presidente está en absoluto prohibido... porque importa acordar facultades extraordinarias, que llevan una nulidad insanable. ***Ver JUAN A. GONZALEZ CALDERON, en Curso de Derecho Constitucional, año 1958 pág. 317.***

En cuanto al origen e iniciativa de las leyes, por el Art. 203 de la Constitución Nacional de 1992. ***EL PODER EJECUTIVO SOLO TIENE ATRIBUCION PARA PROPONER PROEYCTOS DE LEYES A LAS CAMARAS DEL CONGRESO. Ver MIGUEL ANGEL PANGRAZIO en Tratado de Derecho Público, año 1996 pág. 482, al comentar el Art. 238 inc. 3) de la C.N. EUGENIO RAUL ZAFFARONI, en Derecho Penal, Parte General, año 2000, pág. 106 dice: "...En ningún caso puede producir leyes penales el poder Ejecutivo". En el mismo sentido ver SEBASTIAN SOLER, en Derecho Penal Argentino, año 1951, Tomo I, pág. 126, Nº 6, LUIS MARTINES MILTOS, en Derecho Penal Parte General, Segunda Parte, año 1993, pág. 120.***

Hacemos esta aclaración, para demostrar, que el delito de **CONTRABANDO** no está tipificado en el Código Penal, no está penalizado en el Código Aduanero, y únicamente está previsto en el Decreto-Ley Nº 71 del año 1953, que viola la Constitución de 1992, en consecuencia se impone que se incluya este delito, en nuestro Código Penal. Es muy grave actualmente admitir que el Presidente del Ejecutivo del año 1953, tipifique y penalice delitos penales. Una verdadera aberración jurídica.

4. TERRORISMO

El delito de terrorismo no está previsto en el Código Penal.

El delito de terrorismo se da contra la Seguridad Pública caracterizándose por actos de violencia calificados por el medio empleado, generalmente consistente en explosivos, sustancias incendiarias o armas adecuadas para grandes estragos y cualquier medio para perturbar gravemente los servicios públicos.

Su finalidad primordial es perturbar el orden, atemorizar a la sociedad o a ciertos grupos o realizar venganzas o represalias para desintegrar el régimen público o social imperante.

El delito de terrorismo, como delito autónomo, como figura típica e independiente debe existir en el Código Penal, y no como medio de comisión de otros delitos.

5. ABORTO

Conforme al Art. 323 del Código Penal, se derogó el Código Penal de 1914, con excepción de los Arts. 349, 350, 351 y 352 que se refieren al aborto. En los citados artículos vigentes del Código Penal de 1914, se da la pena de penitenciaría, que ya no existe en el nuevo Código Penal. En efecto, en el nuevo Código Penal, en el Art. 37 inc. a) se establece la pena privativa de libertad. Situación jurídica anormal, que debe corregirse inmediatamente, porque en Derecho Penal, no existe la analogía.

5.1. Aumento de la pena

Por el Art. 38 del Código Penal, la pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses, y máxima de veinticinco años completos.

La pena máxima se debe aumentar a ***TREINTA AÑOS,*** debiendo modificarse delitos en cuanto a sus penas. El aumento de la penalidad, debe ser cuidadosamente estudiada.

6. ALARMAS FALSAS

Este delito no está previsto en el Código Penal.

El que con ánimo de atentar contra la Paz Pública afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, conforme al Art. 561 del Código Penal Español.

Estamos ante supuestos de amenazas, generalmente realizadas por teléfono de la colocación de artefactos explosivos con la finalidad de alterar la paz pública.

6.1. Pena

La pena debe ser de uno a dos años de pena privativa de libertad.

7. CLONACION

La clonación consiste en la creación de seres humanos idénticos. Por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Será penada de uno a cinco años de privación de libertad e inhabilitación especial

para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años. Conforme al Art. 161 del C. Penal Español.

La doctrina está en contra de la creación de seres idénticos por clonación por entender, entre otras razones que atenta contra los valores fundamentales de la persona.

7.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se protege es el de la dignidad humana.

8. REPRODUCCION ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

Es el caso de quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin consentimiento. Será penado de dos a seis años de privación de libertad, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. Conforme al Art. 162 del C. Penal Español.

8.1. Bien jurídico protegido

El bien protegido es la libertad de la mujer, planteándose la cuestión de si estamos ante un concurso con otro delito de acciones. Pueden existir diversas situaciones, como el engaño, simple desconocimiento, utilización de procedimientos que coarten su libertad o la obliguen a su asentimiento.

La reproducción asistida exige que la mujer haya prestado su consentimiento, debiendo ser informada de los riesgos que conlleva la reproducción asistida. La conducta ha de ser dolosa.

9. CENSURA ILEGAL

La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las leyes, recoja ediciones, libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radio difusiva, tendrá una pena de uno a cinco años de pena privativa de libertad.

Conforme al Art. 26 de la Constitución Nacional: ***"Se garantiza la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión SIN CENSURA PREVIA".***

El delito en estudio corresponde al Art. 538 del C. Penal Español.

Es un delito no previsto en nuestro Código Penal. Resulta necesaria su inclusión en una próxima reforma del Código Penal.

10. INGENIERIA GENETICA PARA PRODUCIR ARMAS BIOLOGICAS O EXTERMINADORAS DE LA ESPECIE HUMANA

La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada de tres a siete años de pena privativa de libertad.

10.1. Se tipifican dos supuestos

10.1.1. Producir armas biológicas, y
10.1.2. Producir armas exterminadoras de la especie humana.

En ambos supuestos se ha de utilizar la ingeniería genética.

10.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la especie humana en su integridad física, ya en las condiciones de supervivencia. La conducta puede realizarse tanto con dolo directo, como eventual. Este delito es el previsto en el Art.160 del C. Penal Español.

11. LIBERACION DE ENERGIA NUCLEAR O ELEMENTOS RADIOACTIVOS

El que libere energía nuclear o elementos radioactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, tendrá pena de quince a veinte años de privación de libertad, conforme al Art. 341 del Código Penal Español.

11.1. Los elementos del delito son

11.1.1. Liberar energía nuclear o elementos radioactivos; y
11.1.2. Que con la liberación se ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

11.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la seguridad individual y colectiva, ante los riesgos que supone la energía nuclear.

La consumación se produce con la liberación nuclear o elementos radioactivos, siempre que se ponga en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes.

12. SUSTRACCION DE MATERIALES NUCLEARES RADIOACTIVOS

El que se apodere de materiales nucleares o elementos radioactivos aún sin ánimo de lucro, tendrá la pena de uno a cinco años de pena privativa de libertad. Igual pena tendrá el que sin la debida autorización facilite, reciba, transporte o posea materiales radioactivos o sustancias nucleares, trafique con ellos, retire o utilice sus desechos o haga uso de isótopos radiactivos. Conforme al Art. 345 del C. Penal Español.

13. DEPOSITO DE ARMAS O MUNICIONES

Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizadas por las leyes o la autoridad competente, serán castigados:

1) Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas, con pena de cinco a diez años de privación de libertad.
2) Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, la pena será de dos o cuatro años de privación de libertad; y
3) Con la misma pena será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa o de armas químicas. Conforme al Art. 566 del C. Penal Español.

14. DETENCION ILEGAL COMETIDA POR PARTICULARES

El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será penado de cuatro a seis años de privación de libertad. Conforme al Art. 163 del C. Penal Español.

14.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la libertad deambulatoria, la libertad personal que se garantiza por la Constitución Nacional.

14.2. Sujetos

Sujeto activo pueden ser solamente los particulares. Sujeto pasivo puede ser cualquiera, incluso los menores o incapaces. También las personas internas en una prisión pueden ser sujetos pasivos de este delito, si dentro del centro penitenciario se les priva de la posibilidad de moverse por el interior del mismo.

Si el encierro o la detención es por más de quince días, la pena será de cinco a ocho años de privación de libertad.

15. MANIPULACION DE GENES HUMANOS QUE ALTEREN EL GENOTIPO

El que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo, conforme al Art. 159 del C. Penal Español, tendrá una pena de dos a seis años de privación de libertad.

15.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido, todavía no concretado subyace la salud y su protección que puede afectar al futuro ser, como consecuencia de las manipulaciones genéticas la dignidad humana, el patrimonio genético como patrimonio de la humanidad, el derecho a la diferencia genética.

Es un delito de peligro abstracto, se perfecciona con la alteración de genotipo, lo cual no precisa que de ello se derive ningún efecto para la salud.

16. USO DE LLAVES FALSAS

Se consideran llaves falsas:

1) Las ganzúas u otros instrumentos análogos.
2) Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

3) Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo se consideran llaves las tarjetas magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

El robo cometido con llaves falsas, será considerado robo agravado, que debe ser incluido en el Art. 167 de nuestro Código Penal, cuya pena es de cinco a quince años de pena privativa de libertad.

17. RETARDO MALICIOSO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Se considerará por malicioso el retardo provocado, para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

Se castiga al Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia.

17.1. Pena

La pena será inhabilitación especial para empleo o cargo público, por tiempo de seis meses a cuatro años.

18. TENENCIA ILICITA DE ARMAS

La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será penada de uno a tres años de privación de libertad.

El disponer de un arma sin la correspondiente autorización facilita la comisión de hechos delictivos por lo que un control de la tenencia tiene importantes efectos preventivos en el terreno de la criminalidad. La eficacia del control se refleja en los delitos contra la vida e integridad física de las personas, en los robos con violencia o intimidación y otros.

18.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la seguridad de las personas ante el riesgo que supone para la vida, la tenencia ilícita por terceros de ciertas armas de fuego.

Estamos ante un delito de peligro abstracto. Para la consumación del delito es necesario la simple disposición del arma y que ésta se encuentre en condiciones de funcionamiento. Se requiere un tiempo mínimo de posesión del arma, por lo que no es suficiente, una mera posesión fugaz.

19. DISPARO DE ARMA DE FUEGO CONTRA VEHICULO

El que dispare arma de fuego contra vehículo, en que se hallen una o más personas incurrirá en pena privativa de libertad de uno a cinco años. Conforme al Art. 356 del Nuevo Código Penal de Colombia.

Este hecho punible pone en peligro grave la integridad física y la vida de los ocupantes del vehículo.

El delito se tipifica con la acción de disparar al vehículo con el arma de fuego.

20. ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES

El que de manera directa o por interpósita persona obtenga, para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictivas incurrirá por esa sola conducta en pena privativa de libertad de seis a diez años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado conforme al Art. 327 del Código Penal de Colombia.

21. TESTA FERRATO

Quien preste su nombre para adquirir bienes con dinero proveniente del delito de narcotráfico y conexos, concurrirá en pena privativa de libertad de seis a quince años, y multa, sin perjuicio del comiso de los respectivos bienes. Conforme al Art. 326 del Código Penal de Colombia.

22. OMISION DE CONTROL

El empleado o Director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, incurrirá esa sola conducta, en pena privativa de libertad de dos a seis años, más multa.

23. UTILIZACION INDEBIDA DE FONDOS CAPTADOS DEL PUBLICO

Art. 314 C. Penal de Colombia. El Director, Administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendecias Bancarias, de Valores o de Economía Solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades, incurrirá en pena privativa de libertad de dos a seis años y multa.

24. OPERACIONES NO AUTORIZADAS CON ACCIONISTAS O ASOCIADOS

El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las Superintendencias Bancarias o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpósita persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en pena privativa de libertad de dos a seis anos y multa. Conforme al Art. 315 del Código Penal de Colombia.

25. CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS

Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en pena privativa de libertad de dos a seis años y multa. Conforme al Art. 316 del Código Penal de Colombia.

26. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

Art. 410 C. Penal Colombiano: El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en pena privativa de libertad de cuatro a doce años y multa.

27. RECEPTACION

Art. 447 Código Penal Colombiano. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un

delito o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en pena privativa de libertad de dos a ocho años y multa.

28. FRAUDE PROCESAL

Art. 453 C. Penal Colombiano. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá de cuatro a ocho años de privación de libertad y multa.

29. FRAUDE A RESOLUCION

Art. 454 Código Penal Colombiano. El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en pena privativa de libertad de uno a cuatro años y multa.

30. VIOLENCIA INTRAFAMIILAR

El que ejerciere violencia sobre su cónyuge, sobre la persona con quien conviviere maritalmente o sobre sus hijos o de aquellos sujetos a la autoridad parental, pupilo menor o incapaz sometido a su tutela o guarda o en sus ascendientes, por medio de actos que no tengan una pena mayor señalada en este código, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

30.1. Bien jurídico protegido

La dignidad de las personas en el seno de la familia y su derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos y degradantes.

30.2. Conducta típica

El tipo solo requiere ejercer violencia, física o mental, aunque no se produzca ningún resultado.

30.3. Sujetos

Es un delito especial propio, pues solo lo pueden cometer como sujetos activos los que estén ligados al sujeto pasivo por la relación definida en la ley: matrimonio, convivencia marital, filiación, tutela, guarda o ascendencia, con el sujeto activo, su cónyuge o conviviente.

30.4. Tipo subjetivo

El dolo requiere conocimiento de la relación definida en la ley. No parecen posibles las formas imperfectas, bastando el ejercicio de la violencia para la consumación del hecho.

30.5. Concursos

Si la violencia ejercida tiene resultados lesivos para la vida o la integridad del sujeto pasivo, se produce el correspondiente concurso real de delitos con los tipos de homicidio o lesiones.

31. EXPLOTACION DE LA MENDICIDAD

El que utilizare o prestare a un menor de dieciocho años de edad para la práctica de la mendicidad, será sancionado con quince jornadas semanales de trabajo de utilidad pública. Si para este mismo fin se traficare con menores de dieciocho años, se empleare con ellos violencia o se les suministrare sustancias perjudiciales para la salud, la sanción será de uno a tres años de prisión, según el Art. 205 del Código Penal de El Salvador.

31.1. Bien jurídico protegido

Con carácter general el bien jurídico protegido es la dignidad personal del menor, que es vulnerada cuando otra persona se sirve de su persona para excitar la compasión ajena. Además en el segundo inciso se protege la libertad de menor, cuando se emplea violencia y la salud, cuando se le suministran sustancias perjudiciales para la misma.

31.2. Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquiera, bastando la realización de la conducta típica. El sujeto pasivo es la persona con edad cronológica inferior a dieciocho años.

31.3. Conducta típica

El tipo básico, contenido en el inciso primero, su definición es alternativa, pues se comete, en primer lugar, cuando se utiliza directamente al menor, con lo que se castiga tanto a quien hace que el menor ejerza la mendicidad, como a quien la ejerce por sí, usando al menor como reclamo de la pie-

dad y, en segundo lugar, cuando se presta al menor, lo que se castiga es a quien entrega al menor a otra persona para que lo utilice de la forma ya comentada.

En el tipo agravado del inciso segundo se sanciona el tráfico o entrega a otro del menor para la mendicidad, mediante contraprestación, el uso de violencia o intimación para determinar al menor a realizar los actos de mendicidad o el suministrarle sustancias capaces de producir resultados negativos para su salud, sin que sea necesaria la efectiva alteración de ésta.

31.4) MENDICIDAD. Concepto: Por mendicidad ha de entenderse la actividad de solicitar de otros, por compasión u otro motivo, la entrega de dinero o cosa, debiendo entenderse castigados también los supuestos de mendicidad encubierta, como la guarda de vehículos, la limpieza de sus parabrisas y demás, siempre que la diferencia entre el servicio prestado y la retribución buscada o lograda sea desproporcionada.

31.5. Concursos

Si el uso de la violencia o el suministro de sustancias produce alteración en la salud del sujeto pasivo, se producirá un concurso real de delitos con los tipos correspondientes contra la salud o la vida.

32. MONOPOLIO

Será sancionado con prisión de cuatro a ocho años y multa de ciento ochenta a trescientos días el que abusando de una posición de dominio total o parcial del mercado o mediante acuerdo con otras personas o empresas, impidiere, dificultare o falseare las reglas de competencia, o conforme a algunas de las modalidades siguientes:

1) La imposición, directa o indirecta, de los precios de compra o venta;
2) La imposición de condiciones especiales para las transacciones o mediante la subordinación de la conclusión de los contratos o la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias, que por su naturaleza y según las prácticas usuales, no guarden relación con el objeto de los contratos;
3) La imposición de condiciones contractuales desiguales, para prestaciones similares;
4) La imposición de limitaciones a la producción, desarrollo técnico o las inversiones de otras personas.

5) El reparto de los mercados; o de las áreas de suministro o de aprovisionamiento;

6) La imposición de condiciones discriminatorias para el transporte de cosas, valores o bienes;

7) El abandono de cosechas, cultivos, plantaciones, productos agrícolas o ganaderos; y

8) La detención u obstaculización del funcionamiento de establecimientos industriales o la explotación de yacimientos mineros.

32.1. Bien jurídico protegido

Es la competencia.

32.2. Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquier persona, individual o colectiva, que intervenga en el mercado de bienes y servicios. Sujeto pasivo es la comunidad y el Estado, en cuanto interesados en el respeto de las normas de competencia, al ser este uno de los pilares básicos del modelo económico.

32.3. Conducta típica

El núcleo de la conducta exige que o bien el sujeto activo ostente una posición de dominio total o parcial del mercado y abuse de ella, o bien formalice acuerdos con otras personas o empresas, lo que viene a ser un presupuesto para la comisión del delito. No basta con la existencia de esta posición de dominio, porque el artículo exige, además, que se abuse de ella. Existe abuso cuando la posición de dominio se use de tal manera que causa perjuicio para la economía nacional, para otros posibles competidores o para los consumidores.

33. ACTOS ARBITRARIOS

El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que en el desempeño de su función realizare cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación o atropello contra las personas o daño en los bienes, o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio o permitiere que un tercero lo cometiere, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a cuatro años e inhabilitación especial para desempeño del cargo por el mismo tiempo. Según el artículo 320 del Código Penal de El Salvador.

33.1. Bien jurídico protegido

Es el correcto funcionamiento de la administración de los servicios públicos, sean éstos prestados por funcionarios o por empleados públicos o por particulares encargados de los mismos.

33.2. Sujetos

El delito sólo puede ser cometido por quienes sean funcionarios, empleados públicos o encargados de un servicio público.

33.3. Conducta típica

El tipo exige que el sujeto activo delinea en el desempeño de su función, lo que es lo mismo que con abuso de ella, y en los casos en los que este abuso de la función, concretado en algunos de los extremos descritos en este artículo, signifique lesión para los derechos de los administrados, nos encontraremos en el ámbito de aplicación de este precepto, lo que es igual a decir que sólo los casos racionalmente más graves caen bajo la aplicación del artículo. Se castigan tanto los comportamientos activos como aquellos en los que el sujeto activo permita que otro cometa estos hechos, ya que se encuentra en posición de garante respecto de los derechos de los administrados.

33.4. Concursos

En el caso de que los actos realizados tengan como resultados lesiones para otros bienes jurídicos protegidos, siempre que no pertenezcan a la órbita de la propia administración, se dará lugar al correspondiente concurso de delitos.

34. SIMULACION DE INFLUENCIAS

El abogado, defensor público, fiscal o mandatario que simulando influencias ante el juez o magistrado que conoce un asunto, ante el fiscal que interviniere en el mismo, ante el respectivo secretario judicial o ante un testigo o perito que prometiere para sí o para tercero, dinero u otra utilidad, con el pretexto de que el fallo o diligencia judicial le será favorable o que tuviere que remunerarlo, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. Según el artículo 315 del Código Penal de El Salvador.

34.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la administración de la justicia.

34.2. Sujetos

Según la descripción típica sujeto activo puede ser el abogado, defensor público, fiscal o mandatario, en la obra ***CODIGO PENAL DE EL SALVADOR COMENTADO. DE FRANCISCO MORENO CARRASCO Y LUIS RUEDA GARCIA. RCA. DE EL SALVADOR. AGOSTO DE 1999, Pág. 785 dice que: "No se comprende la mención al fiscal, ya que la conducta típica tiene que estar dirigida al cliente del sujeto activo y no cabe admitir que el fiscal tenga clientes, por lo que tal mención debe entenderse vacía de contenido".***

34.3. Conducta típica

La estructura de la conducta guarda notable analogía con la de la estafa, pues es preciso un comportamiento inicial del sujeto activo en el que éste, de modo creíble, se atribuya influencias que no tiene, sobre el juez o magistrado encargado de un asunto, ante el fiscal que actúe en él o ante el secretario judicial, o ante testigo o perito llamados al mismo, lo que supone un engaño, que debe ser valorado en cada caso por el tribunal para saber si es apto para crear en la mente del cliente un estado de falsa creencia en la realidad de tales influencias.

35. DESOBEDIENCIA

El funcionario o empleado público, agente de autoridad pública que se negare abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencia, decisiones u órdenes de un superior, dictadas dentro del ámbito de su competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año e inhabilitación especial para el ejercicio del empleo o cargo por igual tiempo.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, no incurrirán en responsabilidad penal los funcionarios o empelados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública, por no dar cumplimiento a un mandato que constituyere una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de la ley o de cualquier otra disposición reglamentaria. Según el Art. 322 del Código Penal de El Salvador.

35.1. Bien jurídico protegido

Se busca proteger la eficacia de la administración frente a los ciudadanos.

35.2. Conducta típica

El presupuesto de la conducta típica que, por tanto, tiene que existir antes de que ésta se realice, es la sentencia, decisión u orden dictada por el superior del sujeto activo, dentro del ámbito de su competencia y revestida de formalidades legales.

II. DELITOS TIPIFICADOS EN LA LEY 1160/97 QUE DEBEN SER REFORMADOS

1. SECUESTRO

En nuestro Código Penal, el delito de secuestro está previsto en el artículo 126.

En el Secuestro simple conforme al Art. 126 inc. 1) la pena es de seis meses a ocho años. En el secuestro agravado, conforme al Art. 126 inc. 2) la pena es de seis meses a diez años.

Debido al aumento alarmante de este delito en la actualidad, corresponde aumentar la penalidad.

Conforme al Art. 419 del nuevo Código Penal de El Salvador, la pena del Secuestro es de diez a veinte años de privación de libertad y conforme al Art. 150 del C. Penal de El Salvador, en los casos agravados de Secuestro, la pena se aumenta, hasta en una tercera parte del máximo.

En el nuevo Código Penal de Colombia, el Secuestro Simple previsto en el Art. 168, la pena es de diez a veinte años de privación de libertad, y en multa de 600 a 1000 salarios mínimos legales.

Conforme al Art. 170 del Código Penal de Colombia, en los casos agravados de secuestro, la pena será aumentada de una tercera parte a la mitad del caso de secuestro simple.

Conforme al Art. 169 del Código Penal de Colombia, el Secuestro Extorsivo tiene pena de 8 a 28 años de privación de libertad, más la pena de multa.

En el Derecho Penal Español, la pena del Secuestro Simple, conforme al Art. 164 del Código Penal Español, es de seis a diez años de privación de libertad.

Conforme al Art. 165 del C. Penal Español, el Secuestro agravado tiene una pena aumentada en su mitad superior del Art. 164 del C. Penal Español.

El gran problema técnico del Art. 126 del Código Penal del Paraguay, es que la pena mínima es de seis meses de privación de libertad. Esto debe corregirse inmediatamente, modificando el citado Art. 126 de nuestro Código Penal.

Después de examinar y estudiar el delito de Secuestro en numerosos Códigos Penales, consideramos que el Código Penal de Colombia es el que mejor trata el citado delito, que a continuación transcribo, para que sea estudiado y considerado, para una próxima reforma del Código Penal Paraguayo.

Art. 168: Secuestro Simple. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente arrebatare, sustraiga, retenga u ocultare a una persona, incurrirá en prisión de diez a veinte años y en multa de seiscientos (600) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 169: Secuestro extorsivo. El que arrebatare, sustraiga, retengan oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en pena privativa de libertad de dieciocho (18) a veintiocho (28) años y multa de dos mil (2000) a cuatro mil (4000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 170: Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias.

1) La conducta se cometa en persona discapacitada que no pueda valerse por sí misma o que padezca enfermedad grave, o menor de dieciocho (18) años, o que no tenga la plena capacidad de autodeterminación, o que sea mujer embarazada;

2) La privación de la libertad del secuestrado se prolongue por más de quince días;

3) Se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes.

Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

4) Cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado;

5) Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública;

6) Cuando se cometa con fines terroristas;

7) Cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o partícipes;

8) Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima;

9) Si se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, sindical, político, étnico o religioso en razón de ello;

10) Cuando se trafique con la persona secuestrada durante el tiempo de privación de la libertad.

2. LEGITIMA DEFENSA

El Art. 19 del Código Penal dice: Legítima Defensa: "No obra antijurídicamente, quien realizara una conducta descripta en el tipo legal de un hecho punible, cuando ello fuera necesario y racional, para rechazar una agresión presente y antijurídica, a un bien jurídico propio o ajeno".

Para darle mayor claridad, se le debe agregar un texto complementario que diga: "La violencia ejercida contra el agresor, el daño que pueda causarle

y la muerte misma que pueda dársele, no estarán sujetos a pena alguna, siempre que hayan concurrido los siguientes requisitos:

1) Agresión ilegítima.
2) Peligro inminente.
3) Necesidad racional del medio empleado para la defensa; y
4) Falta de provocación suficiente de parte del defensor".

El cuarto requisito es una innovación del nuevo Código Penal Español, Art. 20 inc. 4º). Este agregado es necesario, para que el juez penal haga realmente una correcta justicia. Debemos recordar que en Derecho Penal la interpretación de la norma es únicamente restrictiva.

3. ESTADO DE NECESIDAD

Art. 20 de nuestro nuevo Código Penal. Estado de necesidad justificante.

1) No obra antijurídicamente quien, en una situación de peligro presente, para un bien jurídico propio o ajeno, lesionara otro bien para impedir un mal mayor, que no sea evitable de otra manera.
2) No obra antijurídicamente quien realizara el tipo penal de un hecho punible por omisión, cuando no podía ejecutar la acción sin violar otro deber de igual o mayor rango.

Se debe agregar al presente artículo, la innovación del nuevo Código Penal Español: Art. 20 inc. 5º) que dice: ***"...Que la situación de necesidad, no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto".***

4. TENTATIVA

Art. 26. Actos que la constituyen.
Hay tentativa, cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal.

El mencionado artículo no es claro, no tiene precisión, y por ende puede dar lugar a falsas interpretaciones.

Por eso, el mismo debe modificarse, conforme a la siguiente redacción:

*"**Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos, que objetivamente deberán producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce, por causas independientes a la voluntad del autor".***

Este es el texto del Art. 6 apartado 1º) del Código Penal Español.

En nuestro Art. 26 del C.P., se dice: ...***"tomada en cuenta su representación del hecho".*** Como sostiene el Dr. Evelio Fernández Arévalo, esta expresión no se entiende, ya que lo que se ha de tomar en cuenta, no es su representación del hecho ***–Circunstancia subjetiva e inescrutable-,*** sino los elementos puramente objetivos e intersubjetivamente comprobables de la conducta del agente; esas notas objetivas serán las que confirmen el comienzo de ejecución en un delito.

5. DELITO FRUSTRADO

El delito frustrado está previsto en el artículo 27 inc. 2º del Código Penal.

Artículo 27 inc. 2º del Código Penal: ***"A la tentativa son aplicables los marcos penales previstos para los hechos punibles consumados".***

MERA FIGUEROA dice: "Un tercer aspecto eticizante, tiene relación con el delito frustrado; es decir, lo que actualmente tengo entendido se conoce como delito frustrado en el Código Penal paraguayo vigente, que doctrinariamente se llama "TENTATIVA ACABADA" y que tiene lugar cuando el sujeto ha completado la realización de la acción, pero falta la producción del resultado".

En el Código penal el delito frustrado es sancionado exactamente igual que el delito consumado, solamente hay lugar a la atenuación de la pena en el caso de tentativa inacabada, cuando el sujeto ha comenzado a realizar la misma, pero aún faltan algunos pasos para que complete la acción, en este sentido veo aquí un retroceso con relación al Código actual.

Evidente que es injusto y arbitrario, sancionar exactamente igual el delito consumado y el delito frustrado.

Artículo Nº ... Hay delito frustrado cuando el delincuente ha puesto de su parte todo lo necesario para que el delito se consume, y éste no se ha realizado por causas independientes de su voluntad.

La pena del delito frustrado será las dos terceras partes, de la que correspondería al delito consumado.

En esta forma se corrige el error de equiparar el delito consumado, con la tentativa acabada o delito frustrado.

6. COMPLICIDAD

El Art. 31 del C. Penal preceptúa: ***"Será castigado como cómplice, el que ayudara a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67".***

El texto correcto debe ser: ***Son cómplices: "los que no hallándose comprendidos en el artículo 29, cooperan a la ejecución de un hecho punible ya resuelto por otro, con una ayuda eficaz, pero no indispensable. Los cómplices sufrirán la mitad de las penas, correspondientes al autor principal".***

La cooperación debe ser dolosa. El cómplice debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible.

La complicidad se puede dar, tanto en la etapa de la preparación, como en la etapa de la ejecución.

No hay una complicidad posterior a la consumación. Lo que determina a la complicidad, es la promesa anterior.

7. DEL ENCUBRIMIENTO

En el nuevo Código Penal no existe la figura penal del encubrimiento, como existe en todas las legislaciones penales, como la de España, Arts. 451 al 454.

La responsabilidad de los encubridores es siempre por actos posteriores a la ejecución del delito, realizados sin promesa anterior.

El encubrimiento como toda acción punible debe ser por acción u omisión, una acción o una omisión encubridora; una acción ocultando al delincuente, facilitando su fuga, haciendo desaparecer los rastros del delito, escondiendo los objetos substraídos; una omisión, no cumpliendo las obligaciones de carácter público o privado, tocantes a un hecho ordenado por la ley.

El encubrimiento exige también la concurrencia del dolo, que en este caso consiste en el conocimiento que se tiene de que un delito se ha cometido, que es a los responsables de ese delito, a quienes se protege, con el objeto de conservar en su favor el estado de cosas antijurídico, creado por el delito.

Artículo Nº .... Son encubridores, los que con conocimiento que se tiene, de un delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, pero sin haber tenido participación en él como autores o cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1) Acogiendo, protegiendo, albergando, ocultando, facilitando noticias o medios para que se guarde, preserve o huya de la autoridad a un malhechor, sabiendo que lo es;

2) Aprovechando o facilitando al delincuente medios de que se aproveche los efectos provenientes del delito;

3) Borrando u ocultando las huellas del delito o los instrumentos con que fue cometido, para impedir su descubrimiento;

4) Los encubridores de un delito sufrirán la quinta parte de la pena correspondiente al autor principal.

ARTICULO Nº... Están exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que los sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza o adopción o afines en los mismos grados, los que hayan tenido noticias del delito bajo la fe del secreto profesional.

8. ATENUANTES

En nuestro Código Penal, no existe un artículo especial para los atenuantes, como en el Código Penal antiguo, el artículo 21 del Código Español.

Artículo Nº ... Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal:

1) Las expresadas en los artículos 19 y 20 del Código Penal, cuando no reúnen todos los requisitos necesarios para eximir su responsabilidad;

2) Ser el agente mayor de catorce años, pero menor de dieciocho años;

3) La de haber precedido en el acto, de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito;

4) La de haberse ejecutado la infracción en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor o a su cónyuge, padres, hijos o hermanos;

5) La conducta intachable del reo, anterior al delito;

6) La de haber procurado el culpable, por medios eficaces, reparar el mal causado o impedir sus perniciosas consecuencias;

7) Si pudiendo el reo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad;

8) La de no haber en el proceso otra prueba directa que la confesión del mismo acusado;

9) La de no haber éste obrado por exceso de celo legítimo;

10) La de haberse cometido la infracción en un momento lúcido, por una persona frecuentemente atacada de enajenación mental;

11) Cuando el daño producido por el delito es ocasionalmente más grave que el habitual o acostumbrado;

12) Cuando el delincuente padece de una enfermedad, que sin privar de las facultades mentales, predisponga sin embargo al mal cometido, o a otros;

13) La ignorancia supina, pero no insuperable;

14) La miseria apremiante u otra necesidad urgente, siempre que ellas no sean imputables a los vicios o desarreglos de costumbres habituales del agente; y

15) Cualquier otra circunstancia análoga a las anteriores que a juicio del tribunal se apropia para amenguar la responsabilidad del criminal.

AGRAVANTES.

ARTICULO... "Son circunstancias agravantes de la responsabilidad penal:

1) Aumentar deliberadamente los efectos del delito causando males innecesarios a su ejecución;

2) Abusar de la superioridad de sexo, edad, fuerza, etc. u otras circunstancias desfavorables para el ofendido;

3) Cometer el delito por más de uno, de noche, en despoblado o portando armas ostensiblemente; y

4) Ser jefe de la asociación formada para cometer el delito.

Este código reputa jefes de una sociedad criminal al primero que imaginó o inició la asociación y al que dio el plan para la ejecución del hecho punible;

5) Hacer uso de disfraz o de falsos distintivos o señales;

6) Cometer el delito con auxilio de gente armada o de personas de la confianza del ofendido;

7) Ejecutar el hecho con desprecio del respeto que merece el lugar donde se comete la infracción, o con ofensa de la consideración particular que merezca el ofendido por su edad, autoridad, investidura o sexo;

8) Ejecutar la infracción por medio de fractura o escalamiento del lugar cerrado;

9) Cuando el reo tenía motivos especiales de consideración o gratitud hacia el agraviado;

10) Cuando existen motivos más numerosos e importantes en el culpable para observar la ley, o los deberes violados son más imperiosos y el culpable es capaz de comprender claramente esos motivos y deberes; y

11) Cuando el culpable, anteriormente al delito, ha llevado una conducta irregular por la práctica frecuente de malas acciones, vicios o desarreglos habituales.

No procudirán el efecto de aumentar la pena, las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo o penarlo.

Los atenuantes y agravantes son de extraordinaria importancia, para que el juez pueda aplicar la pena correspondiente con justicia, analizando todas las circunstancias del delito, dentro de las reglas que le da la ley, y así evitar la arbitrariedad.

9. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO

Este tema no existe en nuestro Código Penal.

El nuevo Código Penal Español contempla este tema, en los artículos 116 al 122.

La omisión del citado tema, de extraordinaria importancia, debe ser corregida.

ARTICULO Nº .... 1) "Toda persona criminalmente responsable de un delito, lo es también civilmente, si del hecho se derivasen daños o perjuicios. Si dos o más son responsables de un delito, los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2) Los autores y cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables".

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: Primero, en los bienes de los autores y después en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria, como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás, por las cuotas correspondientes a cada uno.

ARTICULO Nº ... "La exención de la responsabilidad criminal declarada en los casos de los inimputables dementes, no comprende la de la responsabilidad civil. Serán responsables civilmente los que tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, tutor o curador, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte.

ARTICULO Nº ... "Son también responsables civilmente, en efecto de los que sea criminalmente.

1) Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de catorce años y menores de dieciocho años, sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2) Las personas naturales o jurídicas, titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o de televisión o de cualquier otro medio de difusión masiva escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 26 de la *Constitución Nacional".*

10. MEDICION DE LA PENA

El artículo 65 inc. 2º dice: "Al determinar la pena, el Tribunal... todas las circunstancias generales a favor y en contra del autor y particularmente:
1) Los móviles y los fines del autor".

EL Dr. JORGE MERA FIGUEROA, al respecto dice: Estos criterios indicados: "Los móviles del autor y su actitud frente al derecho", corresponden a una concepción muy particular de la culpabilidad, que no solamente es propia de la doctrina final de la acción, sino que además es propia de la dogmática penal dominante, hasta los 70 y que consisten en concebir a la culpabilidad, no como el reproche por el acto realizado con la capacidad de motivarse de acuerdo a la norma (y no haberlo hecho) sino que es entendida como la infracción del deber de lealtad del ciudadano para con el orden jurídico, tenemos solamente el deber de acatamiento a la norma, que es diferente".

Esta concepción tiene una raigambre fuertemente autoritaria y tuvo su influencia en la doctrina finalista ortodoxa.

2) ARTICULO 65 inc.2º 2, Bases de la Medición de la Pena, inc. 2 dice: "la actitud frente al derecho".

Según la disposición citada uno de los factores que los jueces deben considerar para determinar el monto o cuantía de la pena, ***"es la actitud del condenado frente al derecho".***

Yo creo que este criterio atenta contra la libertad de conciencia, en contra de la autonomía personal y en contra del pluralismo propio de una sociedad democrática; en una sociedad democrática deben coexistir distintas concepciones o visiones sobre el orden social y el orden jurídico. No es reprochable en principio que alguien tenga una actitud contraria al derecho, eso no debiera ser considerado al momento de determinar la pena, porque el derecho en general y menos todavía el derecho penal, no puede tener por objeto conseguir una adhesión subjetiva de las personas a la norma jurídica, el derecho moderno tiene que contentarse con que nos abstengamos de infringir las normas jurídicas, cualquiera sea el motivo que tengamos para abstenernos de realizar una infracción. El derecho tiene que insinuarse en mi conciencia para que yo lo respete.

3) ARTICULO 65 inc. 2º 3: "La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho".

MERA FIGUEROA dice: Otro de los factores también de carácter peligroso y positivista que se señala para determinar la pena, es el de: "La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho".

Todavía no entiendo bien a que quiere aludir esta disposición, parece ser una mala traducción del Código Penal Alemán, pero así redactado:

"La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho, es una fórmula hermética, enigmática, y por lo mismo puede prestarse a aplicaciones arbitrarias de la ley".

OBSERVACION: Se recomienda la suspensión del Artículo 65 del Código Penal e implementar en artículos especiales las atenuantes y agravantes.

III. CLASES DE PENAS

NECESIDAD DE SU MODIFICACION

El Art. 37 del Código Penal, establece las clases de penas.

Entre las penas establecidas en el citado Art. 37, debe incluirse la pena de ***INHABILITACION,*** hasta diez años que debe aplicarse a numerosos delitos, como el aborto, prevaricato, etc., para el caso de los profesionales.

También debe modificarse el Art. 38 del Código Penal, que establece la Duración de la Pena Privativa de Libertad. La pena máxima está fijada en ***VEINTICINCO AÑOS.*** Se debe modificar y establecer la pena máxima de pena privativa de libertad, en **TREINTA AÑOS,** *debiendo modificarse y aumentarse las penas de los diversos delitos, previstos en el Código Penal.*

Por el Art. 37 del nuevo Código Penal de Colombia, muy respetado y ponderado en la Doctrina penal, la duración máxima de la pena privación de libertad es de **CUARENTA AÑOS.**

En diversos Estados de los Estados Unidos de América, existe la pena de muerte, y en otros Estados la pena de Cadena Perpetua.

Es evidente que la pena máxima de privación de libertad, debe aumentarse a TREINTA AÑOS.

IV. ANTEPROYECTO DE MODIFICACION DEL NUEVO CODIGO PENAL. PARTE ESPECIAL

ARTICULO 130: ABUSO SEXUAL EN PERSONAS INDEFENSAS

Inc. 1) El código dice: pena hasta tres años.

El inciso 1º debe tener la misma pena que el artículo 128 inc. 1º; es decir, debe ser hasta diez años.

El inc. 2º del Art. 130, dice: "Pena hasta diez años".

El inciso 2º del artículo 130 debe tener la misma pena que el artículo 128 inc. 1º apartado segundo: pena de dos a doce años.

Esto es así porque la coacción sexual mediante fuerza o amenaza, es igual cuando la víctima se encuentra en estado de inconsciencia o estuviere incapacitada para ofrecer resistencia, como una paralítica, etc.

ARTICULO 135: ABUSO SEXUAL EN NIÑOS:

El inciso 6º dice: *"Cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena".*

Conforme al Artículo 21 del Código Penal está exenta de responsabilidad penal la persona que no haya cumplido catorce años de edad.

La persona mayor de catorce años ya es responsable penalmente.

En consecuencia el inciso 6º del artículo 135 del Código Penal debe ser suprimido.

ARTICULO 137: ESTUPRO O SEDUCCION.

1º) El hombre que persuadiera a una mujer de catorce años a diez y seis años a realizar el coito extramatrimonial será castigado con pena de multa.

2º) Cuando el autor sea menor de dieciocho años se podrá prescindir de la pena.

Este Artículo 137 debe ser absoluta y esencialmente modificado, porque es impreciso, no tipifica al estupro, y no está de acuerdo con la idiosincrasia nacional.

La simple pena de multa para el delito de estupro es insuficiente, para la mentalidad nacional.

El Artículo 183 del Nuevo Código Penal Español es bien claro.

La nueva redacción del Artículo 137 debería ser:

Artículo 137: "El que interviniendo engaño, cometiere coito extramatrimonial, introducción de objetos o penetración bucal o anal, con persona mayor de doce años y menor de diez y seis, será castigado con pena privativa de libertad de uno a tres años".

Inc. 2º) "Cuando el autor sea menor de diez y ocho años se podrá prescindir de la pena".

Este inciso debe ser suprimido. Por el Artículo 21 del Código Penal, está exento de responsabilidad penal la persona que no haya cumplido catorce años.

Se estima como engaño, la falsa promesa de matrimonio y toda aquella falacia tendencial o falta de verdad en lo que se dice o promete en el encu-

bierto propósito de mover la voluntad de la víctima a entregarse carnalmente al sujeto activo del delito.

ARTICULO 150: CALUMNIA.

El inc. 1) del artículo 150 dice: "El que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor será castigado con multa".

La expresión: "capaz de lesionar su honor" es imprecisa y puede dar lugar a diversos criterios. Este inciso debe ser cambiado.

Preferimos el Artículo 205 del Nuevo Código Penal Español.

El artículo 150 inc. 1º) debe decir: "Es calumnia la imputación de un delito, hecho con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad; será castigada con las penas de privación de libertad de seis meses a un año o multa".

Imputar consiste en atribuir a otro la comisión de un delito, se acusa. La imputación ha de referirse a un delito en sentido estricto.

ARTICULO 151: DIFAMACION.

El artículo 151 inc. 1º) dice: "El que afirmara o divulgara a un tercero o ante éste, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días de multa".

Fácilmente puede verse que la tipificación de la calumnia y de la injuria se centra sobre la idea "capaz de lesionar su honor", son conceptos iguales que deben ser diferenciados, por lo que se debe modificar.

El artículo 151 debe decir: inc. 1º) "El que afirmara o divulgara a un tercero o ante éste, y atribuya un delito de acción penal pública sin concretar o de acción penal privada en concepto y que podrían exponerlas al desprecio o al odio público o falta de moralidad que pudieran perjudicar considerablemente la fama del agraviado, comete el delito de difamación, será castigado con ciento ochenta días multa".

SE HA OMITIDO EL DELITO DE ULTRAJE.

El delito de ultraje del artículo 371 del viejo Código Penal, debe ser incorporado.

ARTICULO Nº ... Comete el delito de ULTRAJE el que con intención de afrentar o distraer la desconsideración pública sobre una persona la somete públicamente a vías de hecho ignominiosos, tales como flagelarle, abofetearle en la cara, arrancarle la barba o los cabellos u otros semejantes. Si el hecho no constituye delito más grave, la pena será de seis a nueve meses de privación de libertad o multa.

ARTICULO 168: robo con resultado de muerte o lesión grave.

Artículo 168: 1º) Cuando el autor al realizar un robo causara la muerte de otro, la pena privativa de libertad no será menor de ocho años.
2º) Cuando el resultado fuera una lesión grave, la pena privativa de libertad será de ocho a veinte años.

El citado Artículo debe ser modificado en relación al monto de la pena.

El inc. 1º) del Artículo 168 está previsto en el antiguo Código Penal, en el artículo 338 inc. 3º) y se aplicaba la pena de muerte, suprimida por la Constitución Nacional.

El inc. 1º) del artículo 168 es el ***LATROCINIO*** que está entre los delitos más graves, en consecuencia la pena debe ser aumentada, de 15 a 25 años.

En consecuencia el inc. 1º) del Articulo 168 debe decir: "Cuando el autor al realizar un robo, causara la muerte de otro, la pena privativa de libertad será de quince a veinte y cinco años".

ARTICULO 187: ESTAFA:

El artículo 187 inc. 3º) dice: "En los casos especialmente graves, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta ocho años.

Este inciso 3º) del artículo 187 debe ser modificado, en cuanto al monto de la pena.

Existen estafas muy graves de una gran cantidad de millones de dólares americanos, como "el que hemos visto en el caso de Bancos y Financieras".

Para estos casos graves la pena debe ser aumentada. La pena de hasta ocho años, es insuficiente.

El artículo 187 inc. 3º) debe decir: "En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada de diez a veinte y cinco años".

DEFRAUDACION.

Es el artículo 401 del viejo Código Penal, tipo penal que no existe en el Código Nuevo.

ARTICULO Nº ... El que se apropiare, invirtiéndola en su provecho o en el tercero, la cosa ajena, que le hubiese sido dada en confianza o entregada en depósito o administración o por cualquier otro título que apareje obligación de devolverla o de hacer un uso determinado de ella, será castigado con privación de libertad de seis meses a quince años, según la gravedad del hecho.

ARTICULO 230: INCESTO.

El artículo 230 inc. 3º) dice: "No serán aplicados los incisos anteriores a los descendientes y hermanos, cuando al tiempo de la realización del hecho no hayan cumplido diez y ocho años".

Conforme al artículo 21, la responsabilidad penal se inicia al cumplirse catorce años. Ser mayor de 14 años y menos de 18 años, es atenuante, conforme al artículo 322.

En consecuencia; el inc. 3º) del Artículo 230 debe ser modificado y debe decir: "En el caso de los incisos anteriores, será considerado atenuante, a los descendientes y hermanos, cuando al tiempo de la realización del hecho, no hayan cumplido dieciocho años".

PREVARICATO.

El Art. 305 dice: 1º) El juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección, o decisión de un asunto jurídico, resolviera violando el derecho, para favorecer o perjudicar a una de las partes, será castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años.

2º) En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

La expresión"... ***resolviera violando el derecho...”*** es muy general, no concreta la idea de prevaricato.

Cuando se viola el derecho, siempre se favorece a alguna de las partes, y puede solucionarse con los recursos de apelación y nulidad.

Para que exista prevaricato, se deben dictar resoluciones de carácter jurisdiccional. Debe estar fundado en hechos o resoluciones falsas. El hecho es falso cuando el juez sabe que no existió o existió pero no tal como él lo presenta en la fundamentación.

Las resoluciones falsas no son las citas jurisdiccionales aunque sean falsas, sino las que se invocan como fundamento de la decisión por la influencia, que en su calidad de juzgamientos precedentes, pueden tener sobre el juez, por ejemplo afirmar que una excepción ha sido rechazada, cuando en realidad no fue resuelta o que sobre una cuestión existe cosa juzgada, cuando no hay sentencia alguna sobre ella.

En el prevaricato, el Juez dicta resolución contraria a la ley expresa, que resuelve el caso, que pueda causar un perjuicio irreparable o puede invocar leyes falsas o derogadas.

El delito se consuma al dictar la resolución, no necesita alcanzar ejecutoriedad. El delito existe aunque la resolución sea anulada o revocada por el superior. No admite la tentativa.

El Art. 305 del nuevo Código Penal debe ser modificado y debe decir así:

Artículo 305: PREVARICATO: 1º) El juez, árbitro u otro funcionario que teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera contra la ley expresa o citara para fundarla, hechos o resoluciones falsas, cite leyes falsas o derogadas, revela secretos del juicio, o de consejos a cualquiera de las partes en perjuicio de la otra, causando perjuicio irreparable, será castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años.

2º) En los casos especialmente graves, cuando se hubiere dictado resolución por precio o promesa remuneratoria, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

FUNCION DE LA CULTURA Y DEL DERECHO

Por Ubaldo Centurión Morínigo (*)

I. APUNTES PARA LA HISTORIA DE LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Se estaba a punto de concretar un sueño: editar la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Asunción. Corría el año 1927.

Ante la falta de recursos económicos, se obtuvo el apoyo de la Librería y Papelería Internacional de Santiago Puigboent, ubicada en la calle Palma 78. Vendía libros de juristas paraguayos y extranjeros. Todas las obras nuevas que aparecían en la Argentina, estaban en pocos días en sus estantes a disposición de profesores, abogados y alumnos de Derecho.

El estudioso de las Ciencias Jurídicas que se preocupaba de su formación humanística hallaba en la Librería Internacional novelas, textos sobre teatro, historia y filosofía. Se conseguían también allí obras de clásicos españoles.

- Cuide mucho su trabajo. Se le ha encargado nada menos que la dirección de nuestra Revista que junto a las de Ciencias Médicas vendrá a proseguir la tarea interrumpida de "Anales de la Universidad", le dijo el maestro Cecilio Báez al brillante joven Oscar A. Creydt.

*) Profesor Titular de Introducción al Derecho, Ajunto de Derecho de la Integración, Asistente de Derecho Político, de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la Argentina.

- Tengo conciencia de la altura de la responsabilidad. La Revista publicará artículos de nuestros más prestigiosos profesores y de estudiantes con vocación por escribir. Ya entregué a la imprenta su denso trabajo sobre Derecho Obrero, profesor Cecilio Báez, contestó el talentoso Creydt.

Luego de esta conversación cordial en el edificio histórico de la Facultad, el Director de la publicación que estaba por nacer se dirigió a la Imprenta Nacional con otros trabajos valiosos: el de Eusebio Ayala sobre la Codificación del Derecho Internacional y el de Higinio Arbo titulado El Proyecto de la Junta Internacional de Jurisconsultos sobre "Condición de los Extranjeros".

Cecilio Báez era un admirador profundo de la inteligencia y la calidad intelectual del todavía alumno de la Facultad de Derecho, Oscar Creydt. Acerca de su primer libro había escrito este comentario en El Liberal:

Acaba de publicarse por los talleres de H. Kraus un libro de 178 páginas que lleva este título: El derecho de expulsión ante el derecho internacional, constitucional, administrativo y penal, prologado por el eminente escritor argentino Dr. Alfredo L. Palacios. El prólogo comienza con estas palabras:

"Señor Oscar A. Creydt – Amigo mío: -He leído las pruebas de su libro y me apresuro a escribirle, felicitándole efusivamente por su trabajo. Su actitud varonil frente al proyecto de Ley de extranjería, presentado, en mala hora, al Congreso paraguayo, merece toda mi simpatía. Su prédica será eficaz, porque tiene Vd. talento y su juventud es pujante e inquieta".

"El señor O. A. Creydt es todavía alumno del sexto año de la Facultad de Derecho, y ya produce un libro interesante, que llama la atención de aquel ilustre publicista".

"Conozco al joven autor desde que cursó el bachillerato en nuestro Colegio Nacional. Es de un talento precoz y se halla dotado por un espíritu de investigación espontáneo, no aprendido en las aulas. Se ha aficionado a los estudios sociales, mucho más que a la jurisprudencia: lo cual no impedirá que llegue a ser, si lo quiere un jurisconsulto versado en la ciencia de Papiniano y de Troplong. Su primera labor jurídica asombra tanto por su erudición como por la sagacidad de su espíritu crítico y el rigor de la lógica. Combate en ella el pretendido derecho de expulsión de extranjeros que se arrogan los Estados democráticos, regidos por instituciones libres, pone de

relieve las ideas incongruentes de ciertos profesores constitucionalistas y demuestra la inutilidad de las leyes llamadas de extranjería – porque las naciones civilizadas que no saben defender su orden público por medio de sus leyes comunes de seguridad y policía, o por medio de sus magistraturas ordinarias, contra los atentados de algunos delincuentes- no merecen aquella calificación honrosa. Los Estados verdaderamente regulares no deben gobernarse con leyes de excepción. Solo los Estados despóticos dictan leyes de circunstancias y de carácter arbitrario dándose a sí mismos facultades extraordinarias, que les niegan sus constituciones políticas".

"Las citas bibliográficas de la obra que me ocupan revelan en su joven autor que conoce el francés, el inglés y el alemán y que ha leído muchas obras extranjeras. En materia de Derecho Constitucional, es el publicista más erudito de nuestro país".

"En fin, el joven compatriota es una gran esperanza. Hacía años que de nuestra Facultad de Derecho no salían más escritores talentosos y elocuentes como el señor Creydt, y se dudaba de la enseñanza que en ella se daba; pero no se repara en que los talentos se malogran en el Paraguay por el apasionamiento partidario, por la estrechez de la vida de familia y por muchas otras causas que no es necesario enumerar. Felizmente, parece que el estudiante que he nombrado varias veces no sufre las tentaciones de la política y que el único móvil de su conducta es la ambición de hacerse un ciudadano notable por la ilustración y el saber, no por vanagloria, sino por la noble ambición de servir a la patria y a la libertad – que son deidades que primordialmente inspiran a los grandes ciudadanos".

"Reciba el joven Creydt las felicitaciones sinceras de su admirador y amigo".

Cecilio Báez

***

Aquella noche fría y lluviosa de julio de 1927, Oscar Creydt se sentó a escribir el editorial de la Revista que aparecería en respuesta de un hondo anhelo universitario: No podrá defraudar la confianza depositada en un aventajado alumno por las autoridades de la Facultad y, sobre todo, la confianza de Cecilio Báez, el gran preceptor de la juventud paraguaya.

De la pluma clara y elocuente del estudiante destacado, surgieron estos acertados conceptos que dieron jerarquía al Editorial:

"Organo de la Facultad respectiva, la Revista se propone estimular los estudios del Derecho y de las otras ciencias sociales. Los catedráticos y especialistas tendrán en sus páginas una tribuna abierta para exponer sus doctrinas, opiniones y comentarios, con toda la amplitud y libertad que sean compatibles con un criterio universitario; vale decir, científico. Es también propósito de la publicación difundir en el público los conocimientos de las ciencias jurídicas y sociales en general, extendiendo de tal modo la acción de la Universidad fuera del recinto de sus aulas, en cumplimiento de una de las más nobles funciones de la Universidad moderna".

"A los altos institutos de enseñanza les corresponde una función trascendental en la vida intelectual y social del país en cuyo seno desarrollan sus actividades. Su tarea fundamental consiste, ciertamente, en servir como un centro de entrenamiento intelectual para los jóvenes que concurren a sus clases: más, también desempeñan el papel de órganos de recepción, asimilación y elaboración de los conceptos científicos que constituyen las normas determinantes de la actividad nacional en sus diferentes aspectos. Por tal razón, un instituto de enseñanza superior requiere, como parte esencial de su organización, medios de publicidad adecuados. Una Revista como la nuestra, no puede cumplir integralmente esta función de estudio y propaganda. A medida que la Universidad desarrolle sus funciones y asuma un rol de mayor importancia en el país, vendrán otros procedimientos para completar la obra de esta publicación periódica. Por ahora nuestro programa se limita a iniciar las investigaciones de orden jurídico y social relacionadas con los problemas de organización y de progreso de la República. Hay en nuestras instituciones jurídicas y sociales un vasto campo, casi inculto, para la labor de los estudiosos. Desde nuestra Constitución y nuestros códigos fundamentales hasta los reglamentos que interesan las distintas ramas de los poderes públicos, todo nuestro sistema legislativo y administrativo ha sido creado, puede decirse en forma aprioritiva. No ha precedido a la formación de leyes y reglamentos una experiencia propia. Cabe juzgar de la eficacia de los mismos después de los años de aplicación que llevan".

"Por otra parte, mientras en el Paraguay recogemos las enseñanzas de la práctica, otros países adoptan nuevos sistemas, fruto de su propia experiencia e iniciativa. Hay, pues, necesidad de observar lo que pasa en nuestra tierra y lo que sucede en tierras extrañas, a fin de poder basar nuestro criterio sobre elementos de juicio suficientemente completos; y he aquí señalado un objetivo a la labor universitaria".

"Solamente una institución científica; es decir, una institución emancipada de doctrinarismos cerrados y prejuicios rutinarios, puede revestir la autoridad necesaria para guiar la opinión pública, independientemente de las agrupaciones políticas, sociales, religiosas, económicas. Una universidad que merezca el nombre de tal, está por encima de todas las divisiones doctrinarias e ideológicas de una colectividad. Su palabra es la expresión de la verdad en el momento histórico en que ella es pronunciada. En su seno se han de controvertir ideas opuestas sin que esta pugna signifique un quebranto a la unidad moral de la institución. La discusión es el camino que conduce a la certeza. Los conceptos discutidos no son conceptos definitivos. La universidad mantiene su personalidad a pesar del conflicto de las ideas, porque su objetivo supremo no está en el triunfo de una u otra teoría, sino en el triunfo de la verdad. Los hombres que dirigen las labores universitarias tienen que estar dotados de esa visión superior de las cosas, sin empequeñecerse ni empequeñecer a la institución con un espíritu sistemáticamente favorable o contrario a determinadas doctrinas".

"En lo que toca particularmente a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, su misión actual debe tener en vista los siguientes propósitos:

"1º.- Formar individuos que conozcan la ciencia general del Derecho y la estructura del Derecho nacional, con una mentalidad filosófica y con la alta conciencia moral que debe distinguir a un hombre cuya influencia en la vida social puede llegar a ser considerable".

"2º.- La investigación de los problemas jurídicos y sociales que interesan a nuestra nación";

"3º.- La difusión de los conocimientos jurídicos y sociales de modo a coadyuvar al imperio de la Ley y del orden por medio de la convicción";

"4º. El estudio de los problemas jurídicos de carácter internacional en su faz abstracta como en su aspecto concreto o práctico, de modo a participar en el común empeño de promover la solidaridad entre las naciones y el progreso de los ideales de concordia y armonía, basados en la justicia internacional".

"5º. La formación de individuos especializados en las distintas ramas del Derecho".

"Ya es tiempo de reaccionar en materia de enseñanza universitaria. Hay una aspiración cada día más acentuada en el sentido de modernizar nuestros altos institutos de cultura. La familia estudiantil es la primera en desear y pedir una renovación. Ha llegado, pues, la hora de las decisiones; pero, sería un error lamentable pensar que tal obra fuera de incumbencia exclusiva de los poderes públicos y de las autoridades universitarias. Se requiere al efecto una vasta colaboración nacional y se requiere, sobre todo, un concepto exacto del importante papel que toca desempeñar a la Universidad en el progreso intelectual y moral de la República".

"Esta Revista llenará su cometido si logra despertar y estimular en nuestro país un afán y esfuerzo de creciente intensidad encaminados a promover la cultura jurídica del pueblo paraguayo".

El primer número de la Revista fue recibido con el elogio unánime de docentes y alumnos de la institución que había sido fundada en 1889.

En aquella edición primigenia resaltaban estas ideas de Cecilio Báez impregnadas de la filosofía de la solidaridad y del rechazo de lo que hoy llama Juan Pablo II "el capitalismo salvaje": *"Hoy los obreros son considerados como agentes humanos de la creación económica, como sujetos de derecho al igual de los capitalistas".*

"Es justo –dice M. Fagnot- admitir a los representantes del trabajo en la gestión de las grandes empresas y de dar así una prueba a los trabajadores de que serán en adelante los colaboradores de la empresa a la cual aportan su trabajo y su competencia profesional".

"El control obrero existe cuando los delegados del personal asalariado participan en la gestión cotidiana de la empresa, comparten con el patrono el poder de decisión, poseen voz consultiva o deliberativa en los Consejos directores de la empresa y hacen que el gobierno de ésta tenga en cuenta el consentimiento de los gobernados".

"El derecho obrero es la expresión genuina del derecho a la vida; nada tiene que ver con la forma de gobierno, ni con la religión. El derecho obrero es la ética social por excelencia. Este derecho, protegido por la Legislación contemporánea, no suprime la propiedad individual, ni arruina a los capitalistas, ni crea la dictadura del proletariado; lo que hace es organizar la economía social sobre las bases de la igualdad, la solidaridad y la libertad. Es una ley de armonía y de fraternidad entre los obreros y los capitalistas".

Adquiría notoriedad especial en la Revista la autorizada opinión del internacionalista Eusebio Ayala, a la sazón Rector de la Universidad Nacional, quien inició su monografía sobre la Codificación del Derecho Internacional en estos términos con el rasgo propio del estadista: *"Hay mucha opinión escéptica, si no francamente pesimista, acerca de la eficacia de los esfuerzos, cada día entretanto más activos, tendientes a crear y consolidar un orden jurídico entre las Naciones. En verdad, si se comparan los fines propuestos con los resultados obtenidos, es, en cierto modo, explicable aquel estado de ánimo. Instituciones internacionales, como la Liga de Ginebra y la Unión Panamericana de Washington, se desenvuelven penosamente, y quienes saludaron su advenimiento como iniciación de una era en la vida de relación de los Estados, tienen algún motivo par asentirse decepcionados"*.

"Para dar justa apreciación del valor del movimiento, que se propone fundar el estatuto de la paz entre los pueblos, no ha de ponerse, empero, frente a frente la magnitud de la obra a realizar y la pequeñez de lo que va realizando. Si bien los empeños tesoneros y cada vez más sistemáticos no han podido traducirse en resultados positivos trascendentales, en cambio han suscitado notoriamente una conciencia jurídica internacional en ciertos medios sociales, de tal suerte que, en los tiempos que corren, los problemas de convivencia y cooperación entre Estados son temas predilectos de investigación, estudio y preocupación, no ya solamente de doctrinarios, sino también de hombres de acción y responsabilidad directa en la política militante de sus respectivos países. Este efecto es apreciable ya que ha convertido lo que antes eran meras utopías en programas o planes de acción de hombres representativos e influyentes. Pero, es un primer paso, y es preciso hacer descender aun más bajo en la escala social el nuevo dogma internacional".

"Ningún pacto alcanzará plena virtud antes de que su utilidad sea ampliamente reconocida en las comunidades nacionales. Cuando se ventilan intereses vitales de los Estados la opinión es el único verdadero juez, y las convenciones, que regulan esos intereses, deben apoyarse en un consenso inequívoco, producto de acción de los hombres públicos en asambleas internacionales convocadas para organizar la sociedad futura, en todos o en algunos de sus aspectos, necesita ir precedida de una deliberación concluyente en los respectivos pueblos. Pactos como el de la Liga de las Naciones, tienen que basarse en el convencimiento inalterable de las masas, de responder a una alta necesidad de todos los hombres, sea cual fuere la bandera que los cobija. El porvenir de la paz universal depende así de la educación del pueblo".

"Hasta nuestra época la historia gira en torno al interés nacional. El derecho, la ética, la religión misma –factores de solidarización- evolucionan, respetando, si no fortaleciendo las fronteras más o menos artificiales creadas por la política. Cada vez que llegan a chocar con fuerza el rudo instinto nacionalista y la endeble arquitectura de la sociedad internacional, ésta se desmorona como un castillo de naipes a los soplos de un vendaval".

La Revista de nuestra Facultad fue ponderada por su densidad doctrinaria y el prestigio intelectual de sus colaboradores. Diarios de Asunción y de América le dedicaron significativos encomios. Y de Hungría llegó esta carta del profesor Ladislao Thot de la Universidad de Budapest, insigne y respetado penalista, de fama extendida por toda Europa:

"Señor Director de la "Revista de Derecho y Ciencias Sociales D. Oscar A. Creydt.

Asunción.

"Querido amigo:

"Tengo el gusto de acusar recibo del ejemplar del primer número de la Revista de su tan digna dirección, agradeciéndole muchísimo el envío".

"Siento un verdadero orgullo al ver esa Revista, hermosísima y gustosa en su presentación como riquísima y preciosa en su contenido, honrando dignamente a la cultura jurídica de su país, notablemente ilustrada por los Báez y altamente entendida por los Creydt, que en ella colaboran en forma tan brillante".

"Le felicito a Vd., querido amigo, por el brillante éxito que llegó a tener aquí su Revista, mereciendo altos elogios los estudios de los doctores Báez, Ayala, Arbo y el de Vd.".

"A propósito de su contenido correspondiente a mi especialidad, que es el derecho penal, me permito poner de relieve, con el derecho del "sacro egoísmo", su interesante estudio jurídico-penal, en el cual se ocupa Vd. de la valorización político-criminal de las enseñanzas de la escuela penal positiva. Abrigo muchas esperanzas respecto de su actividad científica a desplegar en el porvenir.

"En el año 1928 comenzaremos la publicación de un "Boletín Bibliográfico" de nuestro Seminario, en cuyo primer número me ocuparé con cariño de su eminente Revista.

"Soy S.S.S. muy ato.

Ladislao Thot".

En el segundo número de la Revista, aparecido en octubre de 1927, Oscar Creydt comentó el libro "Hábeas Corpus" de Carlos Sánchez Viamonte, el maestro de quien tanto nos han hablado con emoción y respeto a su figura intelectual y dimensión ética de luchador por la libertad, Segundo V. Linares Quintana y Carlos S. Fayt.

Escribió Creydt con relación al libro del apasionado defensor de la dignidad humana:

"El joven y distinguido profesor de derecho político en la Facultad de Jurisprudencia de La Plata, actualmente huésped de nuestra juventud universitaria, acaba de dar a luz una obra jurídica de sumo interés e importancia, sobre la institución del habeas corpus, considerada desde el triple punto de vista de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación comparada".

"Una rápida lectura de su extenso y meditado trabajo nos ha dado ocasión de persuadirnos de la alta trascendencia que revisten las conclusiones doctrinarias a que arriba el autor, y que sin duda alguna están llamadas a provocar en la legislación procesal de las naciones americanas, modificaciones substanciales en la reglamentación de la garantía constitucional que forma el objeto del estudio en referencia".

"Sin pretensiones de emitir juicio ninguno, trataremos de suministrar a los estudiosos de nuestro país una exposición sumaria y sintética de la tesis sostenida por el ilustrado profesor argentino, cuya apreciable labor jurídica, reflejada en sus dos libros titulados "Del Taller Universitario" y "Derecho Político", es bien conocida de todos y estimada en su legítimo valor, eximiéndonos de presentar al autor como una de las más robustas mentalidades de la nueva generación intelectual de la república vecina".

"Y al decir "nueva generación",término que en todo el continente latino-americano ha adquirido el valor de una verdadera divisa, de una bandera, de un grito de combate, evocamos las más generosas idealidades de con-

fraternidad humana y de justicia social, que el doctor Sánchez Viamonte nunca ha titubeado en defender, no por cierto con meras declaraciones oratorias, sino con su vigoroso talento de jurista y escritor, habiendo sabido armonizar en todo tiempo la fría y rígida ciencia de las leyes con los nobles impulsos que agitan el alma de las juventudes libres de nuestra América. "Hombre de mi siglo, dice el mismo Sánchez Viamonte, preocupado por sus inquietudes y necesidades, procuro, siempre obtener la rectificación de los errores tradicionales utilizando el derecho como instrumento de perfeccionamiento dentro de un orden convencional que asegure y consolide toda conquista obtenida por la sociedad contra la injusticia y el privilegio de los fuertes que abusan de su fuerza, así en lo económico como en lo político o social".

"Y esta característica, atractiva y original, tan difícil de encontrar en los libros de los viejos profesores, que aferrados a los dogmatismos tradicionales, se extasían ante los "monumentos legislativos", constituye, en nuestra convicción, el mérito más saliente de toda la obra jurídica del joven escritor argentino, que es obra de hereje y de rebelde, una finalidad ideal e inspirada en una ideología francamente revolucionaria. El mismo autor lo reconoce en las siguientes palabras: "Mis estudios jurídicos o sociales no son lucubraciones de universitario atildado, sino empresas de carácter popular, y ensayos de realización en medio de la lucha".

Leemos también en el número 2 de la Revista de nuestra Facultad de Derecho un comentario de Cecilio Báez sobre un libro valioso de Félix Paiva, el profesor laborioso y modesto que diez años después se convertiría en Presidente del Paraguay.

Dice del volumen el alumno más brillante del sabio Ramón Zubizarreta, el erudito y gran profesor de Filosofía del Derecho, el hombre que hizo justicia al legado de José Gaspar Rodríguez de Francia: *"El laborioso e ilustrado catedrático de la Facultad de Derecho doctor Félix Paiva ha publicado dos hermosos volúmenes, en 712 páginas, con el título de* ***Estudio de la Constitución del Paraguay.*** *Es un tratado sistemático y dogmático del derecho constitucional americano para el uso de los alumnos de dicha Facultad; pero al mismo tiempo es una obra de consulta, que puede ser utilizada por los magistrados y jurisconsultos de todos los países".*

"Es una obra rigurosamente científica; es el primer tratado completo que se ha escrito sobre la materia en el Paraguay; en sus páginas bien nutridas y extensas, sin blancos ni estrecheces que aumenten su volumen para

engañar la vista, se explican las instituciones jurídicas y constitucionales de los pueblos americanos con conocimiento completo del asunto y de las opiniones de los autores contemporáneos".

"Es una obra bien pensada y bien escrita. Revela en su autor conciencia y una celebración equilibrada. Aunque hombre de partido, la política militante no ha extraviado su criterio. Juzgo que el doctor Paiva nunca ha defendido tesis interesadas contra los postulados del derecho, mejor establecidos, ni en los tribunales, ni en el Parlamento. En la magistratura se ha conducido siempre como hombre de cabal honestidad. Y es a la vez un ciudadano modesto que no persigue aquella pasajera popularidad por la cual se desviven los espíritus ligeros".

"Gracias a estas sus excelentes condiciones personales, ha podido producir una obra seria y concienzuda, como la que celebramos en estos breves párrafos. Merece sin duda un mejor comentario que el mío; pero el joven director de esta Revista, que aplaude como yo el interesante trabajo del doctor Paiva, se contenta con las pocas líneas que anteceden, sin perjuicio de que en otra ocasión pueda dedicarle el examen crítico que merece, por tratarse de una obra nacional".

Cecilio Báez.

He aquí algunos antecedentes de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales que hoy dirigimos con el eminente jurista Raúl Torres Kirmser, habiendo recogido una antorcha que más de 40 años estuvo inconcebible e insólitamente abandonada para predominio de una indiferencia culpable y contento sólo de la mediocridad que no ansía ni tolera ascensiones hacia la cumbre de las ciencias y de la cultura dignificadora del hombre y fortalecedora de los valores que hacen grandes a los pueblos.

CESAR GARAY Y UNA CLASE DE CONTENIDO AMERICANISTA

Aquella tarde luminosa de primavera, César Garay se disponía a dictar su clase de Derecho Constitucional. Cuando afirmaba: *"Bien se ha dicho que "más que la igualdad formal ante la ley hay que buscar la igualdad real ante la vida",* le interrumpió un alumno:

- Maestro: háblenos de alguna figura señera de Chile, Ud. que fue Embajador de nuestro país en esa tierra hermana.

- Contestarle implica abarcar los 45 minutos de la clase con la apología de la figura y la obra de Arturo Alessandri Palma. Fue un gran estadista chileno, una alta figura moral, un honrado servidor de los ideales democráticos. Enalteció a la política con su honradez sin mácula y fue forjador de grandes obras públicas. Orador brillante, sedujo a las masas con su palabra llena de pasión por la libertad y llena de amor a Chile.

Fue ejemplar en su vida pública y ejemplar en su vida privada. Había coherencia absoluta entre lo que decía y lo que hacía.

***

Años después en una antigua librería de Santiago de Chile encontramos un viejo ejemplar de Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Enero – Diciembre de 1943. Chile).

Y en ese número de la prestigiosa Revista hallamos amplias referencias a un homenaje a Arturo Alessandri que por su sentido histórico recordó especialmente César Garay en aquella clase convertida en exaltación de los hombres públicos que con su inteligencia y dignidad honraron y fortalecieron a la democracia en América.

El homenaje le había tributado la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y consistía en su incorporación como miembro académico de dicha institución.

Al referirse a la personalidad multifacética del ex gobernante, dijo el Profesor Juvenal Hernández:

"Perdonadme, señores, -expresó el nuevo e ilustre académico de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, don Arturo Alessandri Palma, en un momento trascendental, para la vida del país y para la suya, al agradecer el 25 de Abril de 1920, la designación como candidato a la Presidencia de la República- perdonadme, señores –decía- si en un arranque de lícita satisfacción afirmo, sin que pueda ser contradicho, que sólo por obra de mi constante, inquebrantable y obstinada energía, al amparo de nuestra justa y niveladora democracia, hijo de mis obras, alcanzo hoy la honrosa distinción que vosotros me otorgáis".

"Con toda justicia el señor Alessandri debe sentir y puede repetir en esta solemne oportunidad, los mismos conceptos; y nada de lo que habrá de

decir en este momento el personero de la Facultad será bastante para exaltar la obra de este maestro de la política, tan honda y tan sólida, que el juicio de la historia recogerá para vigorizar las fuentes eternas de la patria y de la democracia chilena".

"No seré yo, por cierto, quien exteriorice su labor, que es un fenómeno de genialidad nacional; ni seré tampoco quien se atreva a escalar las altivas, las eminentes cumbres de su trayectoria, donde el hombre, el político y el jurisconsulto brillan sobre la conciencia colectiva con luz propia y purísima. En el bloque montañesco de su vida, a cuyo alrededor se agitaron vientos adversos y propicios, no se ha movido, no se ha podido violentar una piedra. Y nuestra modestísima palabra, apenas será, en su entusiasmo, sedante aleteo que no alcanzará jamás las obras de la cumbre. Otras voces tendrán resonancias más firmes y la acústica del tiempo repetirá sus notas, la mía sólo cumple el encargo recibido de la Facultad y da la bienvenida al nuevo académico en nuestra Casa de Estudios Superiores".

"Si a muchos hombres se les ha criticado porque no hiciesen lo que dijeron, ninguno es más digno de galardón por haber hecho tanto de lo que dijo. Durante treinta años de su vida, la política chilena giró en rededor suyo, ya en el ocaso de su carrera luminosa, desde la apacible serenidad de su retiro, parece repetir con Lelio, el filósofo de la amistad: "No me interesa menos lo que la República será después de mi muerte, que su presente estado".

"No sería discreto, ni posible, que yo ensayara aquí su semblanza, estudiada en su labor proficua. En estas apreciaciones incompletas, arrancadas al tráfago del combate diario y a la preocupación por las cosas de la Universidad, aspiro sólo a señalar algunas jornadas de su vida. Porque la acción de don Arturo Alessandri ha sido intensa, múltiple y compleja. La constante brega le obligó a utilizar todos los aspectos de su talento, puliendo cada vez más las facetas, que pronto brillaron como el diamante. Ha sido abogado, periodista, profesor, político, orador y estadista que defendió sin claudicaciones su programa en la prensa, en la tribuna popular, en el parlamento. Constituyente y legislador se inspiró en los sanos principios del derecho; gobernante, procuró la felicidad de su pueblo; consejero de estadistas colaboró en los problemas del progreso nacional y en la obra santa de asegurar la paz en este continente, irradiando a través de todos sus actos una extraña corriente de simpatía personal que busca, por el amor de los seres, el nexo imponderable que vincula a todo lo creado".

"Abiertos los ojos a la sublimidad de nuestra naturaleza y su inteligencia al medio que le rodeaba, tuvo la rara fortuna de recibir desde niño, entendiéndola, la lección continuada y magnífica del libro de la vida. Une a su decidida vocación por las cosas del espíritu, a su admirable resistencia para el trabajo, una maravillosa aptitud para comprender y para sentir. La resolución, la confianza en sí mismo y la pasión impulsadora jamás faltaron en el escalar despejado y rebelde; en el estudiante universitario, polemista y precursor de las investigaciones sociales; en el opositor y titular del cargo de bibliotecario en la Biblioteca Nacional, y luego, en la del Congreso; en el activo y polifacético miembro del Ateneo y del Club del Progreso; en el flamante abogado que abandona la comodidad funcionaria para forjarse con no poco ingenio, una clientela profesional; en el candidato y poseedor de los altos puestos de parlamentario, ministro de Estado y Presidente de la República; en el instituyente y el orador; en el conductor de multitudes y en el Jefe de un hogar preclaro".

Por nuestra condición humana, ninguna trayectoria puede ser perfecta. Pero lo que realizamos es perfectible sobre la base de una inclaudicable persistencia en la línea del bien. De ahí que Juvenal Hernández culminó su magnífica pieza oratoria con estas palabras:

"De seguro que en esta obra de gobernante y de guardián de la norma jurídica fundamental, habrá errores cometidos y críticas por hacer. Ningún grande hombre de Estado del mundo ha podido jamás librarse de caer en aquello y de no merecer, aunque sea en parte, el acibar de éstas. El señor Alessandri no ha sido una excepción en la historia, y puede que por la misma característica tempestuosa de su existencia, ambas tuvieron para él, en algunos casos, excepcionales caracteres de violencia. Muchas veces habrá cedido él mismo a la sobreexcitación del combate y a su propio temperamento e impulso; pero él no ocultó jamás sus imperfecciones ni desconoció sus errores; y bien pudo el ilustre chileno, que en estos momentos entra a ocupar el sitio que merece en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, repetir aquella página inmortal de la vida parlamentaria de Sarmiento en que compara su existencia con aquellos ríos torrentosos, que salen puros y transparentes de la gruta primitiva, bajan con estrépito la montaña y, recorriendo el largo y tortuoso cauce, se echan sobre los llanos sedientos, para fecundarlos con el caudal de sus aguas, llenas de impurezas arrastradas a su paso, pero también repletas de limo regenerador. Símil admirable –dice un pensador argentino- en cuyo fondo se lee una confesión ejemplar; correctivo discreto de la falsa moralidad, que exige ideales puros e imposibles, y enseña que no consiste la virtud cívica perfecta en la ausen-

cia absoluta del pecado o error, sino en la persistencia, sinceridad y honradez del propósito dominante en la vida del hombre público".

"Estas palabras bien podría repetirlas, con la adaptación a nuestro medio y ambiente, don Arturo Alessandri Palma.

"Esa ha sido su existencia; pero con la suerte de poder contemplar, en la noble tarde de su vida, la consideración unánime de los que aman a Chile y respetan en sus grandes servidores las virtudes que la polvareda del combate no permitió distinguir algunas veces".

"En la tranquila tibieza de un hogar ejemplar, rodeado del cariño de sus hijos, que él forjó rectos y eficientes, tanto por amor de padre como por convicciones de ciudadano, ahora el ilustre Mandatario puede mirar tranquilo el fallo de la historia, y decir con filosófica seguridad, a los que aún no han querido comprenderlo, lo que Eneas decía a sus compañeros incapaces de captar la hora intensa que vivían: "FORSAN ET HAEC OLIM MEMINISSE JAVABIT". "Puede ser que algún día os fascinen esos recuerdos".

El gran homenaje al ex Presidente que trabajó por el bien del pueblo sin robar un céntimo al Estado, sin hacer tabla rasa de la Constitución y sin destituir a la política de su inmenso valor ético, agradeció Alessandri con estas palabras:

"Honor es éste que significa para mí una profunda y honra satisfacción; porque, debéis saberlo, he vivido durante muchos años cerca de vosotros".

"La más fuerte aspiración de mi juventud era llegar a ser profesor universitario de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas. Sentía una vocación vigorosa que me llamaba al profesorado. Encontraba en ese noble ejercicio un proceso de germinación mediante el cual el profesor arranca de su espíritu ideas, pensamientos, ideales que se aman, para depositarlos en el cerebro de los jóvenes a fin de que, fecundados allí, se desarrollen con mayor energía y fuerza".

"Mientras estudiaba leyes tuve la satisfacción de dictar una Cátedra de Historia Moderna y Contemporánea en el colegio particular de Mr. Vornich, que había sucedido en su enseñanza al gran educador que fue Mr. Radford".

"Recibido de Abogado, reemplacé durante seis meses, en la clase de "Derecho Natural", al profesor don Antonio Huneus, que se había alejado por razones de salud. Mayor fue mi inclinación al profesorado después de este rápido paso por las aulas".

"Desgraciadamente, los hechos y los acontecimientos de la vida, superiores muchas veces a la voluntad de los hombres, me arrastraron a representar en el Congreso a una provincia donde había pasado mi infancia y primera juventud y, en la cual, mi padre, que era allí propietario, conquistara aprecio y estimación en la mayoría de sus habitantes. El recuerdo del padre auguraba éxito a la campaña electoral del hijo".

"La vorágine de la política y la Ley de incompatibilidades, cortaron así de un golpe mi vocación y hube de seguir el camino que los acontecimientos me trazaron".

"La vida, que ha sido tan pródiga y generosa para conmigo, me permitió realizar mis grandes aspiraciones de joven en cuatro de mis hijos".

"Tenéis dos de ellos en esta Facultad. Son vuestros compañeros. No necesito presentároslos. Otro dictó sus clases durante mucho tiempo en uno de los cursos superiores de la Facultad de Matemáticas, hasta que el eclipse de las libertades públicas, por razones que no quiero recordar, lo alejaron de su Cátedra, servida con excepcional competencia y brillo. El cuarto, sirve de Cátedra en la Facultad de Medicina y alivia muchos dolores y miserias en el Hospital".

"Perdonadme si dejo constancia ante vosotros como de una de las más grandes satisfacciones de mi vida el hecho de que son cuatro hijos míos los que cumplen la vocación que el padre no pudo realizar. Hoy contribuyen ellos con su inteligencia y esfuerzo al desarrollo intelectual, moral y material del país, desde esta alta cumbre. La vida ha comprometido por esta razón mi gratitud en forma profunda. Podemos emprender el viaje definitivo tranquilos y complacidos, después de haber servido en esta forma al país".

"Las funciones docentes de mis hijos en la Universidad de Chile, han tenido, además, una influencia excepcional en mi vida política y de gobernante. He estado sometido siempre a lo que el maestro don Valentín Letelier, en su obra sobre la "Filosofía de la Educación", llama la enseñanza refleja, es decir, aquella que recibe el hombre del medio en que vive, del ambiente que respira".

"La acción refleja de la enseñanza universitaria, sus impulsos, sus renovaciones, nunca dejaron de acompañarme, señalándome rumbos y orientaciones. He vivido así los años de mi larga vida en un ambiente universitario y, en verdad, puedo afirmaros que mucho de lo que he podido realizar en beneficio del país, ha sido inspirado por esta acción refleja de la Universidad".

"Los errores que haya cometido, propios de la naturaleza humana, corren de mi cuenta y reclamo de vosotros, para absolverme, la sana intención de hacer el bien con que siempre he obrado y procedido".

"Por las circunstancias anotadas, señores Profesores, os digo que he convivido con vosotros, soy uno de los vuestros, soy un compañero que vuelve a su hogar. Estimo que se abren las puertas de mi propia casa para darme generosa hospitalidad. Aquí estoy con vosotros, como si nunca hubiera dejado de acompañaros".

El ex Primer Mandatario de Chile, que por abrazar la política con toda pasión y constancia no pudo concretar su sueño de ser profesor por muchos años en su Facultad de Derecho, recibió el honroso título de Miembro Académico, siendo Decano su propio hijo, Arturo Alessandri Rodríguez. De manos de éste recibió su emocionado progenitor el Diploma correspondiente a tan elevado galardón.

Expresó el altivo hijo del estadista homenajeado con el beneplácito unánime de la Universidad de Chile:

"Es ley natural que sean los padres quienes dirijan los pasos de los hijos en la vida, que sean ellos quienes los ayuden a alcanzar los honores y situaciones que el porvenir los depare. El destino ha querido que esta vez sea por las manos del hijo que el padre reciba la distinción que esta Facultad ha tenido a bien recordarle. Se comprende, pues, que experimente en estos momentos una honda emoción y una de mis más íntimas satisfacciones".

"Seguramente la distinción que hoy recibe el señor Alessandri, no será tan valiosa ni de tanta trascendencia como muchas otras que ha obtenido en su dilatada existencia, pero no por eso es menos significativa por todo lo que encierra de sinceridad y afecto".

"No me toca a mí calificar las razones que indujeron a la Facultad a designar al señor Alessandri como su miembro académico. Fui naturalmente

ajeno a esa designación. Pero creo que no cumpliría con un deber de justicia si no aprovecho esta oportunidad para expresar públicamente al señor Alessandri nuestro más sentido testimonio de gratitud y reconocimiento, porque si este edificio que hoy nos congrega se yergue majestuoso y altivo y si maestros y alumnos de esta Escuela sienten, aquéllos, el agrado de enseñar, y éstos, el de aprender, ello se debe a la obra del señor Alessandri".

"Cuando éste era Presidente de la República durante su segunda administración y yo llegué a ser Decano de esta Facultad por la benevolencia de mis colegas, lo que nunca me cansaré de agradecer, manifesté al señor Alessandri que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile bien merecía tener un local digno de su glorioso pasado y de los grandes servicios que había prestado a la República. No debía olvidarse que esta Facultad había dado al país la casi totalidad de sus Presidentes, la mayor parte de sus estadistas, de sus parlamentarios y Ministros de Estado y de los altos jefes de la Administración Pública y que habían sido sus egresados quienes habían organizado jurídicamente la República y le habían dado la sólida estructura institucional de que goza".

"El señor Alessandri encontró muy justa mi sugestión y con el empeño y energía que siempre ha gastado respecto de toda obra de interés público, prestó su decidida cooperación para que la idea se realizara".

"Fue así como envió al Congreso Nacional un proyecto de Ley a fin de transferir a la Universidad de Chile el dominio del predio en que se levanta esta Escuela y suministró la totalidad del dinero necesario para construir este edificio y dotarlo del mobiliario que le era menester".

"Nada tiene entonces de particular que las puertas de esta Casa se abran de par en par para recibirlo y que no sea exagerado decir que entra a ella por derecho propio".

"Señor Alessandri: A nombre de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, que me honro en presidir, os entrego el diploma que os acredita como su miembro Académico. Merced a él, podríais agregar un nuevo título a los muchos que ya tenéis y del cual os sentiréis orgulloso, como nos sentimos todos los que lo llevamos: el de Universitario. Tomadlo".

***

Luego de referirse al pensamiento político, a la ejecutoria gubernativa y a la honestidad paradigmática de Arturo Alessandri Palma, nos manifestó César Garay:

- Hoy quería hablarles de la igualdad de oportunidades como uno de los principios medulares del Estado de Derecho, pero la pregunta del alumno me llevó a esta encendida recordación de uno de los hijos más ilustres de Chile.

- Está bien lo hecho. No basta hablar de libertad y de democracia. Hay que resaltar el ejemplo de los que hacen resplandecer esos valores con su conducta intachable.

***

Nos quedamos meditando en el concepto del pensador lúcido: *"El mejor predicador es Fray Ejemplo"*.

Las grandes ideas precisan encarnarse en hombres que las hagan brillar en la realidad elocuente de los hechos.

Hoy los políticos están en crisis, no la política como enseña el maestro Carlos S. Fayt.

No puede estar en crisis la Ciencia del bien común, la noble actividad que es esfuerzo generoso y leal al servicio del pueblo. Noble actividad que desnaturalizan los demagogos y los cínicos. Noble actividad que elevan a su jerarquía espiritual los que con idealismo y decoro construyen el porvenir venturoso de la Nación, el luminoso destino ético de la República.

PROTOCOLO DE LAS LEÑAS Y EL IMPACTO DE SUS DISPOSICIONES POR SU APLICACION PRACTICA EN EL AMBITO DEL MERCOSUR (*)

Por José Raúl Torres Kirmser (**)

Sumario: 1. Consideraciones generales.- 2. Aplicación de oficio e información y prueba del derecho extranjero.- 3. Igualdad de trato procesal.- 4. El arraigo.- 5. 5. Cooperación en actividades de mero trámite y probatorias.- 5.1. Condiciones que debe reunir el exhorto.- 5.2. Competencia de cuestiones que se susciten.- 5.3. Procedimiento e intervención de las partes interesadas.- 5.4. Aplicación de medios procesales coercitivos.- 5.5. Comunicación de cumplimiento o incumplimiento del exhorto.- 5.6. Gratuidad. Excepciones.- 5.7. Datos incompletos e inexactos.-6. Reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales.- 6.1. Procedimiento. Competencia.- 6.2. Condiciones para su eficacia extraterritorial.- 7. Conclusiones.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados

*) Exposición realizada en el XI Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur, Congreso da European Community Studies Association – AL/BR. Congresso Internacional de Propiedade Intelectual, VI Fórum Social do Mercosur, versión corregida, actualizada y ampliada de una publicación anterior.

**) Profesor Titular de Derecho Mercantil y de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 3ª Sala – Capital, Miembro de la Comisión Nacional de Codificación, del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho U.N.A. y de la Asamblea Universitaria en la U.N.A.

Partes del Mercosur fue aprobado por decisión del Consejo Mercado Común Nº 5/92, y ratificado por la República Argentina el 3 de julio de 1996, por la República Federativa del Brasil el 16 de febrero de 1996, por la República del Paraguay el 12 de setiembre de 1995 y por la República Oriental del Uruguay el 15 de junio de 1998. Actualmente se halla vigente entre todos los signatarios del Tratado de Asunción.

Está inspirado en las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, en las Convenciones de Montevideo de 1979 sobre Recepción de Pruebas en el Derecho Extranjero y sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en los Convenios uruguayo-brasileño y argentino-brasileño sobre Cooperación Judicial del año 1991 y en el Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos entre las Repúblicas Argentina y Uruguay.

Busca asegurar una adecuada cooperación jurisdiccional entre los Estados Partes del Tratado de Asunción en orden a la administración de la justicia en cada uno de ellos, a fin de coadyuvar al trato equitativo de sus ciudadanos y residentes permanentes y facilitar el libre acceso a la jurisdicción en dichos Estados para la defensa de sus derechos e intereses y lograr la seguridad jurídica.

Como se expresa en el Preámbulo, se pretende lograr el fortalecimiento del proceso de integración y promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, a fin de contribuir de este modo al desarrollo de sus relaciones de integración en base a los principios de respeto a la soberanía nacional, a la igualdad de derechos e intereses recíprocos y así alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción.

También prevé la designación de una Autoridad Central que será nombrada por cada Estado Parte, la que se encargará de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional.

Además, contiene disposiciones referentes a la igualdad de trato procesal, a la cooperación en actividades de mero trámite y probatorias referentes a las condiciones que debe reunir el exhorto, a la competencia en cuestiones que se susciten, al procedimiento e intervención de las partes interesadas, a la aplicación de medios procesales coercitivos, a las comunicaciones de cumplimiento o incumplimiento del exhorto, a la gratuidad y sus excepciones y qué actitud tomar cuando los datos relativos al domicilio del destinatario del acto o de la persona citada estén incompletos o sean inexactos. También se

refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales, a su procedimiento, competencia y condiciones para su eficacia extraterritorial. Igualmente, trata de la eficacia probatoria de los instrumentos públicos y otros documentos, siempre que se hallen debidamente legalizados, salvo que se haga valer en otro Estado al de su emisión a través de la Autoridad Central. Por otra parte, se legisla sobre la remisión de actas de estado civil a través de la Autoridad Central para acreditar nacimientos, casamientos, defunciones, etc., y a la obligación de información del derecho extranjero a través de las Autoridades Centrales sin gasto alguno. Por último, trata de las consultas y solución de controversias.

Por razones de espacio, sólo nos referiremos al impacto y a la aplicación práctica de algunas de sus disposiciones y estimamos que con una debida aplicación de sus normas, sería viable la cooperación internacional en materia procesal en el ámbito del Mercosur, con lo que se lograría el auxilio judicial y la celeridad de los procesos judiciales que dependan de la cooperación y asistencia jurisdiccional de los Estados Partes, que se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los Tribunales.

2. APLICACION DE OFICIO E INFORMACION Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

El Código Civil Paraguayo en el Art. 22 ha incorporado a la legislación positiva paraguaya el principio de la aplicación de oficio del derecho extranjero al expresar: “Los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas”.

Con lo cual se ha instituido en forma expresa la penetración extraterritorial de la norma jurídica extraña, base fundamental de la existencia del Derecho Comunitario e Internacional Privado.

Como es fácil de advertir, el citado Art. 22 cambia en absoluto la posición del Juez frente al derecho extranjero en relación con la anterior legislación vigente en el país, el Art. 13 del Código de Vélez Sársfield, el cual disponía: “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Códi-

go lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada a cuyo cargo correrá la prueba de la existencia de dichas leyes".

Así, pues, en la legislación anterior la aplicación del derecho extranjero aparecía como una cuestión de interés de las partes, como una cuestión de interés particular.

Ahora existe un interés jurídico en que a determinada relación se aplique el derecho más acorde con su propia naturaleza.

El principio enunciado ha incorporado a toda la legislación nacional normas previstas ya en los Protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y en la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Aplicación del Derecho Internacional Privado (Art. 6º), ratificada por Ley Nº 892 del 11 de diciembre de 1981.

Las leyes extranjeras deberán ser aplicadas por disposiciones de los tratados y de las establecidas en nuestro derecho interno.

Sucede que el Juez, al tener que fallar y encontrarse en los hechos con elementos foráneos, tendrá que avocarse a la cuestión de calificar los hechos para remitirlos a una determinada categoría jurídica.

Establecida ésta, deberá disponer, de acuerdo con el propio derecho (*lex fori*), si la ley aplicable es la propia o la extranjera.

Si el magistrado llega a la conclusión de que el derecho competente es el extranjero, de acuerdo con el artículo en estudio, habrá de aplicar ese derecho de oficio y de conformidad con el principio *Iura novit curia*, el juez conoce del derecho. Ello sin perjuicio de que las partes insten a la aplicación del derecho extranjero y prueben su existencia y contenido, según se desprende del aludido Art. 22.

Ahora bien, la aplicación de una ley extranjera puede ser una cuestión no muy simple.

En primer lugar, porque el Juez puede ignorarlo.

Ello hace que el magistrado deba procurarse el conocimiento de la ley o que las partes prueben su existencia, su sentido y su actual vigencia. Todo lo cual no simplifica la cuestión sino que lo complica.

La situación que se plantea conduce a vincular el problema de la aplicación de la ley foránea a cuestiones relacionadas con la prueba, sin la cual no es posible al juez cumplir con su función en casos como los que exigen la aplicación de la ley extranjera.

Por ello el Protocolo de Las Leñas, en el Capítulo VIII, en consonancia con el Art. 22 del Código Civil Paraguayo, facilita la cuestión al legislar sobre la información del derecho extranjero.

En cuanto al procedimiento a seguirse para obtener tal información, el Art. 28 dispone que las Autoridades Centrales de los Estados Partes se suministrarán, en concepto de cooperación judicial y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno.

El Art. 29 también prevé la posibilidad de que la información jurídica referida en el artículo anterior pueda efectuarse a través de las autoridades diplomáticas o consulares de cada Estado Parte.

En cuanto al sentido y alcance legal de los informes, el Estado que los brinde no será responsable por la opinión emitida ni el Estado que lo reciba estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho extranjero según el contenido de la respuesta recibida (Art. 30).

Estas disposiciones resultan de suma utilidad para los países como el nuestro en donde los jueces y tribunales deben aplicar, de oficio, las leyes extranjeras, por hallarse las mismas incorporadas de pleno derecho al ordenamiento jurídico vigente.

Por su oportunidad y para destacar la importancia de las citadas normas del Protocolo de Las Leñas sobre la información del derecho extranjero, enumeraremos algunas disposiciones establecidas en el Título Preliminar del Código Civil Paraguayo en las que se dispone la aplicación de oficio de las leyes extranjeras:

a) La existencia, el estado civil, la capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas domiciliadas en la República, sean nacionales o extranjeras, serán juzgados por las disposiciones de este Código, aunque no se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República (Art. 11).

b) La capacidad e incapacidad de hecho de las personas domiciliadas fuera de la República serán juzgadas por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República (Art. 12).

c) El que es menor de edad según las leyes de su domicilio, si cambia éste al territorio de la República, será considerado mayor de edad, o menor emancipado, cuando lo fuere conforme con este Código. Si de acuerdo con aquéllas fuese mayor o menor emancipado, y no por las disposiciones de este Código, prevalecerán las leyes de su domicilio, reputándose la mayoría de edad o la emancipación como un hecho irrevocable (Art. 13).

d) Los buques y aeronaves están sometidos a la ley del pabellón en lo que respecta a su adquisición, enajenación y tripulación. A los efectos de los derechos y obligaciones emergentes de sus operaciones en aguas o espacios aéreos no nacionales, se rigen por la ley del Estado en cuya jurisdicción se encontraren (Art. 21).

e) La forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código (Art. 23).

f) La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeta a las leyes de la República (Art. 25).

Omitimos la enumeración de otras normas del Código Civil que autorizan la aplicación de la ley extranjera, pero ya ha quedado evidenciada la relevancia de las disposiciones de los Arts. 28/30 del Protocolo de Las Leñas en un proceso de integración.

3. IGUALDAD DE TRATO PROCESAL

Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes (Art. 3º del Protocolo).

Esta disposición consagra el principio de igualdad, que en nuestro país tiene rango constitucional al estar consagrado en los Arts. 46 y 47 de la Constitución Nacional.

El Art. 46 establece: "De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios".

El Art. 47 expresa: "De las garantías de la igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República:

1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que las impidiesen;

2) la igualdad ante las leyes;

3) la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad; y

4) la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura".

Procesalmente, el principio significa que todas las personas litigan ante los mismos jueces con iguales formalidades, derechos y obligaciones.

Desde el punto de vista de la certeza del derecho, el principio de igualdad se consagra en el proceso en la medida en que se realiza el mismo, de igual modo para cada parte y para todos en conjunto. Si se considera al principio de igualdad en cuanto a la justicia -solución justa de la cuestión procesal- la igualdad no significa dar la misma solución a cada parte, sino trato procesal igual y la solución que corresponda a cada una, que podrá ser igual sólo si ello es lo pertinente y apropiado al caso. De tal forma, la igualdad en la decisión de cada proceso aparece formalmente en el contenido de ella, en

cuanto las mismas reglas son aplicadas de la misma manera a los mismos hechos determinados de igual forma, para dar lugar a la decisión.

4. EL ARRAIGO

El Art. 4º del Protocolo exime de toda *cautio judicatum solvi,* vale decir, se excluye la necesidad de arraigar, que imponen las normas procesales de los países signatarios del Tratado, en los siguientes términos:

"Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes".

En nuestra legislación interna, el Art. 225 del Código Procesal Civil establece: "Procederá la excepción de arraigo, por las responsabilidades inherentes a la demanda, si el demandante no tuviera domicilio en la República. El Juez decidirá el monto y la clase de la caución que deberá prestar el actor y determinará, prudencialmente, el plazo dentro del cual deberá hacerlo. Vencido éste sin que se hubiese dado cumplimiento a la resolución, se tendrá por no presentada la demanda".

La norma del Protocolo deroga el citado Art. 225 del Código Procesal Civil, en cuanto a la exigencia del arraigo respecto a los ciudadanos, residentes y las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas en cualquiera de los Estados Partes.

En numerosos fallos de nuestros Tribunales se ha aplicado el Art. 4º del Protocolo de Las Leñas y, por consiguiente, se ha desestimado la petición de arraigo contra ciudadanos residentes en cualquiera de los Estados Partes del Tratado de Asunción, entre los que mencionamos un fallo reciente, el A.I. Nº 648 del 30 de setiembre de 2003, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Capital.

Se trata de un ciudadano argentino residente en Buenos Aires que ha iniciado una acción autónoma de nulidad alegando que no ha sido parte en un proceso en donde se ha subastado un inmueble, que se hallaba a nombre de su esposa y que presuntamente le correspondía en un cincuenta por ciento, por

tratarse de un bien ganancial. El Juez de Primera Instancia hizo lugar al arraigo, ignorando la existencia del Protocolo de Las Leñas. El apelante, en sus agravios, ni siquiera se ha referido a dicho Protocolo; sin embargo, el Tribunal de Apelación, que resolvió el caso, aplicó de oficio el Protocolo, fundado en el Art. 4º que establece que ninguna caución, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado Parte.

Por lo demás, considero oportuno mencionar que tengo noticias que en muchos litigios resueltos últimamente en los tribunales, tanto los litigantes como los jueces han ignorado la existencia de la norma a la que nos referimos. Por lo que considero de mucha utilidad volver a referirme a ella en esta exposición.

5. COOPERACION EN ACTIVIDADES DE MERO TRAMITE Y PROBATORIAS

Estas cooperaciones de mero trámite y probatorias se hallan establecidas en el Art. 5º, en cuanto expresa:

"Cada Estado Parte deberá enviar a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado, según la vía prevista en el Artículo 2º, los exhortos en materia civil, comercial, laboral o administrativa, cuando tengan por objetivos:

a) diligencias de mero trámite, tales como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones u otras semejantes;

b) recepción u obtención de pruebas" (Art. 5º).

El Art. 5º y las demás disposiciones del Protocolo, que luego analizaremos, concuerdan y difieren parcialmente de las normas del Art. 129 del Código Procesal Civil Paraguayo, respecto a los demás Estados Partes del Mercosur.

Este artículo establece: "Las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras se harán mediante exhorto".

Tales comunicaciones, así como las que se reciban de dichas autoridades, se regirán por lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales. A falta de éstos, y cuando se trate de exhortos recibidos de autoridades extranjeras, se aplicarán las siguientes reglas:

a) se requerirá que estén debidamente legalizados y autenticados por un agente diplomático o consular de la República;

b) si el juez paraguayo accediere a su cumplimiento, serán diligenciados con arreglo a las leyes nacionales; y

c) los que fueren librados a petición de parte interesada, expresarán el nombre de la persona encargada de su diligenciamiento, quien deberá abonar los gastos que demande. Los que ocasionen los dirigidos de oficio, se harán sin costo para el exhortante".

En cuanto a la gratuidad del trámite del exhorto con sus excepciones y la innecesariedad de su legalización, establecidos en el Protocolo, analizaremos más adelante (Arts. 15 y 26).

5.1. Condiciones que debe reunir el exhorto

La solicitud de cooperación debe instrumentarse a través de exhortos cuyo diligenciamiento será dirigido por el órgano jurisdiccional de un Estado a su similar de otro, a través de la Autoridad Central.

Eduardo Tellechea Bergman, en un interesante trabajo sobre el tema, señala que "el exhorto debe ajustarse a condiciones formales, procesales y sustantivas".

"Los Arts. 6º, 8º y 10 regulan dichas exigencias tanto respecto a las rogatorias de mero trámite como a las probatorias, en tanto que el Art. 7º legisla sobre condiciones específicas que deben acatar los exhortos rogantes de diligenciamiento de pruebas".

Los requisitos formales se hallan destinados a asegurar su autenticidad, comprensión y correcta aplicación. En el Protocolo se prescinde de la exigencia de la legalización cuando el exhorto se tramita a través de la Autoridad Central del Estado requerido (Art. 6º incs. a), b), c), d), e) y h), 7º incs. a), b) y c), 10 y 26).

Los requisitos procesales aseguran las mínimas garantías que hacen al debido proceso (Art. 6º, incs. f) y g)).

Por el requisito sustancial, el exhorto podrá ser denegado total o parcialmente cuando atente y sea incompatible contra los principios de orden público del Estado requerido (Arts. 8º y 12).

Por disposición del Art. 6º, "Los exhortos deberán contener:

a) denominación y domicilio del órgano jurisdiccional requirente;

b) individualización del expediente con especificación del objeto y naturaleza del juicio y del nombre y domicilio de las partes;

c) copia de la demanda y transcripción de la resolución que ordena la expedición del exhorto;

d) nombre y domicilio del apoderado de la parte solicitante en el Estado requerido, si lo hubiere;

e) indicación del objeto del exhorto, precisando el nombre y domicilio del destinatario de la medida;

f) información del plazo de que dispone la persona afectada por la medida para cumplirla;

g) descripción de las formas o procedimientos especiales con que ha de cumplirse la cooperación solicitada;

h) cualquier otra información que facilite el cumplimiento del exhorto".

Por disposición del Art. 7º: "Si se solicitare la recepción de pruebas, el exhorto deberá además contener:

a) una descripción del asunto que facilite la diligencia probatoria;

b) nombre y domicilio de testigos u otras personas o instituciones que deban intervenir;

c) texto de los interrogatorios y documentos necesarios".

En cuanto a su tramitación y exigencia sustancial, tal como lo hemos referido, el Art. 8º establece: "El cumplimiento de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido.

Dicho cumplimiento no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana".

Los exhortos y los documentos que los acompañen deberán redactarse en el idioma de la autoridad requirente y ser acompañados de una traducción al idioma de la autoridad requerida (Art. 10).

En cuanto a los exhortos que deban remitirse del Paraguay al Brasil y la consecuente traducción al portugués, de acuerdo al Art. 173 del Código de Organización Judicial: "Actuarán como traductores las personas que se inscriban en la matrícula respectiva, habilitada por la Corte Suprema de Justicia, la que determinará los requisitos de su inscripción".

5.2. Competencia de cuestiones que se susciten

La autoridad jurisdiccional requerida tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada.

Si la autoridad jurisdiccional requerida se declarare incompetente para proceder en la tramitación del exhorto, remitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad jurisdiccional competente de su Estado (Art. 9º).

5.3. Procedimiento e intervención de las partes interesadas

La autoridad requirente podrá solicitar de la autoridad requerida se le informe el lugar y la fecha en que la medida solicitada se hará efectiva, a fin de permitir que la autoridad requirente, las partes interesadas o sus respectivos representantes puedan comparecer y ejercer las facultades autorizadas por la legislación de la Parte requerida.

Dicha comunicación deberá efectuarse con la debida antelación por intermedio de las Autoridades Centrales de los Estados Partes (Art. 11).

La autoridad jurisdiccional encargada del cumplimiento de un exhorto aplicará su ley interna en lo que a los procedimientos se refiere.

Sin embargo, podrá accederse, a solicitud de la autoridad requirente, a otorgar al exhorto una tramitación especial o aceptarse el cumplimiento de

formalidades adicionales en la diligencia del exhorto, siempre que ello no sea incompatible con el orden público del Estado requerido.

El cumplimiento del exhorto deberá llevarse a cabo sin demora (Art. 12).

Los trámites pertinentes para hacer efectivo el cumplimiento del exhorto no requerirán necesariamente la intervención de parte interesada, debiendo ser practicados de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido (Art. 17).

5.4. Aplicación de medios procesales coercitivos

Al diligenciar el exhorto, la autoridad requerida aplicará los medios procesales coercitivos previstos en su legislación interna, en los casos y en la medida en que deba hacerlo para cumplir un exhorto de las autoridades de su propio Estado o un pedido presentado a este efecto por una parte interesada (Art. 13).

Los medios coercitivos previstos en la legislación del Estado requerido pueden ser utilizados para asegurar el cumplimiento de la actividad procesal solicitada.

5.5. Comunicación de cumplimiento o incumplimiento del exhorto

Los documentos en los que conste el cumplimiento del exhorto serán comunicados por intermedio de las Autoridades Centrales.

Cuando el exhorto no haya sido cumplido en todo o en parte este hecho así como las razones que determinaron el incumplimiento deberán ser comunicados de inmediato a la autoridad requirente, utilizando el medio señalado en el párrafo precedente (Art. 14).

5.6. Gratuidad. Excepciones

El cumplimiento del exhorto no podrá dar lugar al reembolso de ningún tipo de gastos, excepto cuando se soliciten medios probatorios que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para intervenir en el diligenciamiento. En tales casos, se deberá consignar en el cuerpo del exhorto los datos de la persona que en el Estado requerido procederá a dar cumplimiento al pago de los gastos y honorarios devengados (Art. 15).

La gratuidad legislada en el Art. 15 no es absoluta; el principio admite las excepciones que taxativamente se han referido precedentemente.

5.7. Datos incompletos o inexactos

Cuando los datos relativos al domicilio del destinatario del acto o de la persona citada estén incompletos o sean inexactos, la autoridad requerida deberá agotar los medios para satisfacer el pedido. Al efecto, podrá también solicitar al Estado requirente los datos complementarios que permitan la identificación y la localización de la referida persona (Art. 16).

6. RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS Y DE LAUDOS ARBITRALES

Las disposiciones de los Arts. 18 al 24 son aplicables al reconocimiento y ejecución de las sentencias y de los laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y administrativa -contencioso-administrativa-. Las mismas serán igualmente aplicables a las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal (Art. 18).

Tales disposiciones tienen sus fuentes en la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada entre otros Estados por Argentina, Paraguay y Uruguay, pero no por el Brasil, por lo que al ser ratificado el Protocolo de Las Leñas por éste último debe interpretarse como un avance en la unificación de las regulaciones del Derecho Internacional Procesal entre los Estados Partes del Mercosur.

El Código Procesal Civil de la República del Paraguay, en el Capítulo II, Titulo V, Libro III (Arts. 532 al 536) legisla sobre la ejecución y eficacia de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Los Arts. 532 y 536 del Código Procesal Civil establecen, respectivamente, que las sentencias y los laudos arbitrales pronunciados por los tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan.

El Art. 532 del citado Código establece que cuando no hubiere tratados, la sentencia será ejecutable si reúne los siguientes requisitos:

a) que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que fue pronunciada, emane de tribunal competente en el orden internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero;

b) que no se halle pendiente ante un tribunal paraguayo una litis por el mismo objeto y entre las mismas partes;

c) que la parte condenada, domiciliada en la República, hubiere sido legalmente citada y representada en el juicio o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se substanció el proceso;

d) que la obligación que hubiere constituido el objeto del juicio sea válida según nuestras leyes;

e) que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público interno;

f) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; y

g) que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal paraguayo.

En el supuesto de que exista un Tratado celebrado por el Paraguay con el país del cual proviene la sentencia que se pretende ejecutar, habrá de comprobar si se hallan o no reunidos los requisitos establecidos en el respectivo Tratado a los efectos de su ejecución.

Los premencionados requisitos, en ausencia de tratados, también le son aplicables a los laudos arbitrales para que tengan fuerza ejecutoriada y eficacia en la República.

6.1. Procedimiento. Competencia

La solicitud de reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales por parte de las autoridades jurisdiccionales se tramitará por vía de exhorto y por intermedio de la Autoridad Central (Art. 19).

Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos jurisdiccionales, a los efectos del reconocimiento y ejecución de las sentencias o de los laudos arbitrales, se regirán por la ley del Estado requerido (Art. 24).

6.2. Condiciones para su eficacia extraterritorial

Para el reconocimiento y la ejecución extraterritorial de las sentencias y de los laudos arbitrales, los mismos deben ajustarse a las condiciones formales, procesales y sustantivas, legisladas por los Arts. 20, 21 y 22 del Protocolo.

Por disposición del Art. 21, la parte que en un juicio invoque una sentencia o un laudo arbitral de alguno de los Estados Partes, deberá acompañar un testimonio de la sentencia o del laudo arbitral con los requisitos del Art. 20, pero exceptuados de todo tipo de legalización de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 26.

El Art. 20 exige las siguientes condiciones para su eficacia extraterritorial en los Estados Partes:

a) que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;

b) que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución;

c) que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional;

d) que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa;

e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoriada en el Estado en el que fue dictada;

f) que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o ejecución.

Los requisitos de los literales a), c), d), e) y f) deben surgir del testimonio de la sentencia o del laudo arbitral.

Constituyen también condiciones exigibles las relativas a la inexistencia de cosa juzgada y de litis pendencia en el Estado requerido.

Así, cuando se tratare de una sentencia o de un laudo arbitral entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y que tuviera el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional o arbitral en el Estado requerido, su reconocimiento y ejecutoriedad dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en el Estado requerido.

Asimismo, no se reconocerá ni se procederá a la ejecución, cuando se hubiera iniciado un procedimiento entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, ante cualquier autoridad jurisdiccional de la Parte requerida con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad jurisdiccional que hubiere pronunciado la resolución de la que se solicite el reconocimiento (Art. 22).

Si una sentencia o un laudo arbitral no pudiera tener eficacia en su totalidad, la autoridad jurisdiccional competente en el Estado requerido podrá admitir su eficacia parcial mediando solicitud de parte interesada (Art. 23).

7. CONCLUSIONES

El Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, que analizamos en esta exposición, fue firmado con la finalidad, como se expresa en el Preámbulo, de lograr el fortalecimiento del proceso de integración y promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, a fin de contribuir de este modo al desarrollo de sus relaciones de integración en base a los principios de respeto a la soberanía nacional, a la igualdad de derechos e intereses recíprocos y con ello alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción.

El Protocolo también persigue asegurar una adecuada cooperación jurisdiccional entre los Estados Partes del Tratado de Asunción, en orden a la administración de la justicia de cada uno de ellos, a fin de coadyuvar al trato equitativo de sus ciudadanos y residentes permanentes y de facilitar el libre

acceso a la jurisdicción en dichos Estados para la defensa de sus derechos e intereses y lograr la seguridad jurídica.

Este instrumento comprende treinta y seis artículos, en nueve capítulos: Cooperación y Asistencia Jurisdiccional (I), Autoridades Centrales (II), Igualdad de Trato Procesal (III), Cooperación en actividades de mero trámite y probatorias (IV), Reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales (V), De los instrumentos públicos y otros documentos (VI), Información del Derecho Extranjero (VII), Consultas y solución de controversias (VIII) y Disposiciones finales (IX).

Las Autoridades Centrales deben ser designadas por cada Estado y encargarse de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa.

Por otra parte, se consagra la igualdad de trato procesal para los ciudadanos y los residentes permanentes en uno de los Estados Partes y de las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Se excluye la necesidad de arraigar que imponen las normas procesales de los países signatarios del tratado, cuando las personas demandantes no tuvieren domicilios y bienes en la República.

Toda cooperación en materias de mero trámite y probatorias debe realizarse por exhorto y a través de las Autoridades Centrales nombradas por cada Estado Parte, signatario del Protocolo.

Se prescinde de la exigencia de la legalización cuando el exhorto se tramita a través de la Autoridad Central del Estado requerido.

El exhorto debe ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido.

En principio la tramitación del exhorto es gratuita y no dará lugar al reembolso de ningún tipo de gastos, excepto cuando se soliciten medios probatorios que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para intervenir en el diligenciamiento.

Se admiten el reconocimiento y la ejecución de sentencias y de laudos arbitrales por parte de las autoridades jurisdiccionales que deben tramitarse a través de exhortos y de la Autoridad Central.

Se reconoce la eficacia extraterritorial de los instrumentos públicos emanados de los Estados Partes y de la remisión entre los Estados de los testimonios o certificados de las actas de los registros de estado civil, sin cargo alguno.

Los Estados Partes se suministrarán, en concepto de cooperación judicial, y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno. En cuanto al sentido y alcance legal de los informes, el Estado que los brinde no será responsable por la opinión emitida ni está obligado a aplicar su derecho según la respuesta proporcionada.

En cuanto a la solución de las controversias que se refieran a la interpretación, la aplicación o el incumplimiento de las disposiciones de este Protocolo, se resolverán mediante negociaciones diplomáticas directas y si no se alcanzare un acuerdo, se aplicarán los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias cuando éste entre en vigor.

También destacamos la importancia de la difusión de sus normas, ya que la experiencia nos ha demostrado que por ignorancia se han cometido errores judiciales en perjuicio del proceso de integración en que nos hallamos en el Mercado Común de Sur.

BIBLIOGRAFIA

Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, ed. Setiembre 1941.

Casco Pagano, Hernán. *Código Procesal Civil, comentado y concordado*, La Ley Paraguaya, Asunción-Paraguay, 1995.

Dromi-Ekmekdjian-Rivera. *Derecho Comunitario Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, julio 1995.

Gaetano, Morelli. *Derecho Procesal Civil Internacional*, Ediciones Jurídicas Europea Americana, Buenos Aires, 26 de febrero de 1953.

Goldschmidt, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Derecho de la tolerancia. 8ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

Palacio, Lino Enrique y Velloso Adolfo Alvarado. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo 2º, Rubinzal-Culzoni, ed. República Argentina, 1988.

Tellechea Bergman y otros. *IV Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur. Mercosur, Balances y Perspectivas*. "La Cooperación Jurídica Internacional en el Mercosur". Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1ª edición, 1996.

Silva Alonso, Ramón. *Código Civil, Título Preliminar*, Ed. El Foro, Asunción-Paraguay, 1998.

FUNDAMENTOS ETICOS DE LA DIPLOMACIA

Por Oscar B. Llanes Torres (*)

Hildebrand afirma que todos los seres humanos por el hecho de vivir por el mundo tenemos una profesión común, denominada "*profesión primaria*", profesión que consiste en el difícil oficio del ser humano, según nos enseña J. Montero Tirado.

Otras profesiones, continúa M. T., son trabajos comunes y trabajos especializados, *Organizados y reconocidos como profesión, tareas como la Diplomacia que exige y requiere formación y capacitación, responsabilidad y dedicación que la sociedad reconoce y retribuye a estas profesiones especializadas denominamos "secundarios"*, siempre siguiendo el pensamiento de Hildebrand.

El Canciller de Hierro Bismarck afirmará a sus diplomáticos: "Hablar con la verdad siempre, mismo que nadie le crea"; ya el padre de la diplomacia universal, Telleyrand, recomienda a sus diplomáticos: "El culto a una personalidad marcada por la Moral como principio y la Etica como regla de conducta".

OBJETIVOS DE UNA ETICA DIPLOMATICA

La carrera diplomática, siendo una profesión eminentemente humana y social por excelencia, el vivir y convivir constantemente con semejantes de distintas geografías y distintos climas, hacen de la misma una profesión destinada al bien común y a la paz permanente, el diplomático es pacifista por vocación; son razones suficientes para afirmar sin equivocarnos que la Etica Diplomática está basada en el Amor y el bien como destino.

---

*) Diplomático Paraguayo y Profesor Universitario.

No existe nada más humanizante que el Amor, es la sabia que nutre la mente, y el alma de sus protagonistas. El Amor que hace de una persona frágil, débil e incapaz, que sabe de la convicción y la certeza de las verdades que promueve; el Amor arte de convivir en base a la tolerancia y demás valores que adornan la personalidad de un diplomático.

El Diplomático que pierde su capacidad de Amar está contaminado, se ha desgastado su "Piedad", tiene disminuida su temperanza, por lo tanto, pierde su ternura y comprensión. En el propio Evangelio según el S.J. Montero Tirado, nos recuerda que San Juan escribía a sus amigos diciéndoles propaguen esta verdad: "Donde hay Amor, está Dios" (1 Jn. 4, 16).

IMPORTANCIA DE LA MORAL Y ETICA EN LA DIPLOMACIA

Conociendo la importancia de una profesión que aproxima a los seres humanos, como especie universal pensante es vital darle importancia a la Moral y a la Etica, en la que sus involucrados sean profesionales no solamente en su función específica, sino que moralmente correctos.

El fundamento de la eficiencia profesional dice Juan Enrique Barros Matte, que es la Moral personal, cuando la Moral es elevada la eficiencia es satisfactoria y cuando decae la misma, decae a su vez la eficiencia, se debilita y agoniza su perspectiva como persona.

El prestigio de una institución diplomática exige la corrección moral y ética de sus hombres y mujeres, el prestigio orgánico de la dependencia está paralelamente acompañado del valor de sus recursos humanos que además del adorno personal de sus dotes intelectuales debe asumirse la grave responsabilidad del cuidado extremo de su imagen sin mancha. Todas las actitudes del diplomático, su conducta profesional formal, y su proceder personal en las diversas esferas de la vida pública y privada, sean en los deportes o en los espectáculos, repercute naturalmente en la institución.

En virtud de lo que antecede es importante, por lo tanto, proporcionar a los integrantes de la carrera diplomática el prestigioso instrumento de superación personal y enriquecimiento espiritual vía valores de la virtud y de la decencia; además, la sólida formación intelectual.

En sentido amplio, siempre siguiendo la orientación de Juan Enrique Barros Matte, que nos ilustra diciendo que la Moral y la Etica controlan la conducta, que es parte visible de la costumbre de su entorno social, además

del natural proceder del hombre de bien; es la ciencia del deber y del gobierno de sí mismo; es ciencia que enseña al hombre lo que es bueno y lo que es malo, lo que debe hacer y lo que no debe hacer, inducen a hacer el bien y evitar el mal; en última palabra, las ciencias que enseñan al hombre a obrar correctamente.

OBJETO DE LA MORAL Y ETICA

Es necesario hacer una división académica y encontramos un objeto material y un objeto formal; el *objeto material* es aquello de lo que trata específicamente dicha ciencia y en el aspecto formal estudia y analiza a la vez el lado material y sus consecuencias. El objeto material de la Moral y Etica por lo tanto son los actos humanos por excelencia y el *objeto formal* es la relación de los actos humanos al fin último del hombre; así las cusas de la Moral y Etica son tres:

1. El fin último, o sea, actos del hombre;
2. Ley que ordena los actos al fin último; y
3. La libre actividad del hombre regida por ley.

Por lo anterior deducimos que todos los actos humanos se rigen por la Moral y Etica, abarca todos los actos humanos conscientes no existiendo ninguna acción humana fuera de ella.

UTILIDAD DE LA MORAL Y ETICA

Los dos fundamentos de nuestro estudio nos obligan a buscar la utilidad de la misma en el aspecto personal, social e institucional, porque:

Nos enseña

— A guiar nuestra conducta por el camino del bien.
— A obrar correctamente.
— A hacer el bien y evitar el mal.
— A cumplir con el deber.
— A responder a todas nuestras obligaciones y responsabilidades personales familiares, profesionales, sociales, cívicas y ciudadanas.
— A observar la ley civil y las normas de convivencia social.
— A dominar nuestras pasiones y malas inclinaciones.
— A respetar los derechos del prójimo y de los demás miembros de la sociedad.

— No perjudicar a las personas en su dignidad, patrimonio y en su honra, en su buen nombre y en su fama.

Obedeciendo los principios que anteceden la contribución es sorprendente:

— Contribuye eficazmente al bienestar personal pues de ella resulta la tranquilidad y la paz del alma, la satisfacción alentadora de la buena conciencia, cuyo resultado siempre es el merecido prestigio personal;

— Establece el bienestar familiar porque cumple con las normas de la recta constitución familiar, fija los valores conyugales, resultante de ella es la paz y la armonía familiar, la comprensión mutua, la alegría y el bienestar doméstico, incluso el prestigio dentro del hogar;

— El bienestar social se logra porque establece las directrices de adecuadas normas de la recta constitución de la sociedad y fija los deberes específicos que cumpliendo a cabalidad, resultan la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, la honradez, el respeto y el progreso;

— En el orden internacional se logra que las Relaciones Internacionales estén regidas por el respeto mutuo de los Estados y que de ella derive el equilibrio entre las naciones viviendo en un marco común de tolerancia y de amor recíprocos. (Juan XXIII –Pacem in Terris) y concluimos este pequeño esbozo con *Seneca* quien dijo al respecto: “En distinguir el bien del mal está la meta de la sabiduría”.

BIBLIOGRAFIA

— Conferencia de Moral, Juan E. Barros Matte. S.J.

— Roger Texier, Antropología y filosofía de la Educación, VOL. 37. Universidad Católica del Paraguay – Biblioteca Paraguaya de Antropología. CEADUC – Angers – Francia.

— J. Montero Tirado J., Diario Ultima Hora – Asunción, Paraguay.

LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONAL

Por Antonio Salum–Flecha (*)

I. INTRODUCCION

Siempre existieron hombres que gustaron arrojar premeditadamente sus vidas en el torrente de los acontecimientos, jugándolas como algo sin valor y sin importancia. Son los aventureros, los guerreros, los conquistadores.

En realidad, una parte del corazón humano está entregada a la admiración de esta clase de hombres. Los pueblos celebran a los grandes conquistadores con tanto fervor como a los constructores de la sociedad. Algunos poetas, como Homero, han cantado las hazañas de aquellos que "precipitaron en el Hades fuertes almas de héroes, cuyos cuerpos fueron pasto de perros y de aves carniceras" o han exaltado las bellezas de la destrucción y de las "ideas que matan".

Indudablemente, la humanidad debe mucho al espíritu de aventura. Cuando la sociedad se encierra dentro de una especie de concha que no permite proceso alguno de renovación se hace inevitable la evasión de nuevas estructuras de la vida, se impone el impulso hacia más libres formas de existencia, que permitan la conquista de nuevos mundos ideales o reales. Surgen, entonces, los períodos revolucionarios, en los cuales las viejas instituciones se derrumban para dar lugar a otras nuevas, períodos en los cuales reinan la incertidumbre y el desorden.

Pero el hombre no puede vivir perpetuamente en la aventura ni en continua incertidumbre. Necesita defenderse de lo imprevisto, encauzar su acti-

*) Profesor Titular de Historia Diplomática de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

vidad, dar un sentido constructivo a su capacidad creadora; quiere estar amparado frente a las circunstancias que puedan perturbar el regular desenvolvimiento de su vida.

Ser débil, sujeto a toda clase de contingencias, "frágil caña que piensa", el hombre necesita protegerse. No sólo le acechan el hambre, las enfermedades y la muerte causadas por los accidentes naturales, sino también sus semejantes que en la lucha por la vida están siempre dispuestos a disputarle sus bienes y sus recursos y aun su propio derecho a la existencia. Y si el presente es inseguro para el hombre, el futuro se le abre como un abismo lleno de zozobras y de sombras. La seguridad es, por eso, una de las exigencias más profundas de su conciencia.

En realidad, desde su aparición en el mundo, el hombre ha tratado de organizar su vida dentro de un sistema de seguridad, lo que señala la diferencia entre el estado de naturaleza y la civilización. Por lo que puede decirse que la historia humana no es sino la continuidad del esfuerzo para conseguirla y conservarla. Los grandes pasos de la historia han sido conquistas de la seguridad, afirmaciones de la existencia frente a las amenazas que la acechan. La seguridad es la condición del progreso, es la garantía de que el esfuerzo humano no se perderá en la nada.

La seguridad, para ser humana y fecunda, para constituir una condición verdaderamente creadora, tiene que estar basada en la justicia y garantizar la libertad y la dignidad de los hombres. Por eso el anhelo de seguridad ha venido adquiriendo urgencia renovada y cada vez mayor dentro de las preocupaciones de nuestro tiempo. No hace mucho se hablaba de la "paz perpetua", del "gobierno mundial" y de otros aspectos universales de la vida humana. Hoy se insiste sobre todo en los conceptos de "seguridad individual", de "seguridad colectiva", como si la humanidad estuviera nuevamente encarando los peligros que enfrentara en las épocas primitivas de su historia.

II. CLASES DE SEGURIDAD

En términos generales, la seguridad es un estado que permite al individuo o a la colectividad hallarse protegido frente a los peligros imprevistos. Es una organización de la existencia que da a los hombres la confianza de que sus actividades normales y su propia existencia no serán perturbadas por factores extraños. La seguridad es la liberación del miedo, frente a los innumerables males que amenazan al hombre.

Por consiguiente, la seguridad presenta diversas formas, según la naturaleza de los peligros frente a los cuales se establece. El hombre trata de protegerse tanto contra la naturaleza como contra sus semejantes, quienes pueden amenazarle en su carácter de individuo o en su condición de miembro de una agrupación política.

Contra las amenazas de sus semejantes el hombre se asegura mediante el derecho, que impone coercitivamente la armónica convivencia de los seres humanos. La seguridad jurídica puede tener dos formas: una *individual* y otra *colectiva*.

La *seguridad individual* está basada en el respeto de los derechos de la persona, es decir de los derechos humanos, producto de una larguísima evolución.

La *seguridad colectiva* debe garantizar a las agrupaciones políticas contra cualquier perturbación de orden interior o exterior, por lo que puede ser *interna* o *internacional*. La primera protege a los Estados contra los cambios políticos que se producen al margen de los procedimientos democráticos y por la violencia, como se consigna en la "cláusula democrática" del MERCOSUR.

La *seguridad colectiva internacional* es la que garantiza a los Estados contra la agresión de otro u otros Estados, la que ha existido hasta ahora como una manifestación de la convivencia internacional, como un producto de la buena disposición de los Estados interesados en mantener el orden y las relaciones pacíficas. Como ejemplo puede mencionarse la reacción de la ONU cuando se produjo la ocupación iraquí de Kuwait en 1991, aunque este año su Consejo de Seguridad, paradojalmente, no pudo detener la invasión de la coalición anglo–estadounidense de la República de Iraq en menoscabo del concepto de seguridad colectiva ante la irrupción violenta de la doctrina del presidente Bush denominada guerra preventiva. Ante este desafío sólo cabe recordar lo que Pascal dijo una vez: "La fuerza sin la justicia es tiranía y la justicia sin la fuerza es una burla".

III. ENTRE LA LIGA DE LAS NACIONES Y LAS NACIONES UNIDAS

Durante el siglo XX, a pesar de que la humanidad ha realizado progresos sorprendentes en los campos de la actividad científica y tecnológica como también las instituciones jurídicas y sociales ampliaron sus dominios afirmando principios cada vez más justos y un mayor respeto a la personalidad

humana, no ha logrado eliminar uno de sus más odiosos y más antiguos enemigos: la guerra. Bastará mencionar la guerra de los Boers, la guerra ruso–japonesa, la de Tripolitania, la de los Balcanes, la chino–japonesa, la del Chaco, la de Abisinia, la Primera y Segunda Guerra Mundial de 1914/1918 y 1939/1945, respectivamente, mientras continúa hasta hoy la guerra palestino–israelí.

Sólo a partir del Pacto Brian–Kellogg, suscrito en París en agosto de 1928, los hombres han declarado por primera vez oficialmente que la guerra es un crimen, por lo que las potencias del mundo se han agrupado para constituirse en una unidad y para buscar los medios efectivos que conduzcan a la eliminación de las guerras. Actualmente evoluciona en el mundo tras superarse los obstáculos derivados del sentimiento nacionalista de los Estados y del principio de soberanía absoluta, la necesidad de romper el aislamiento de los pueblos, de crear un orden internacional en el que todos participen y colaboren para el bien común que llegó a concretarse con la fundación de la Sociedad de Naciones.

Lo que aconteció tras la Primera Guerra Mundial, cuando los países beligerantes suscribieron el Tratado de Versalles, en cuyo capítulo inicial se conviene el Pacto de la Sociedad de las Naciones según concepción de Woodrow Wilson, presidente estadounidense. Se tenía entonces en cuenta que, para fomentar la cooperación entre las naciones y garantirles la paz y seguridad, importa:

– Aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra;

– Mantener a la luz del día relaciones internacionales, fundadas sobre la justicia y el honor;

– Observar rigurosamente las prescripciones del derecho internacional; y

– Hacer que reine la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados.

El artículo 16 expresa que si un Miembro de la Sociedad recurriere a la guerra, a pesar de los compromisos contraídos en los artículos 12, 13 ó 15, se lo considerará *ipso facto* como si hubiese cometido un acto de guerra contra todos los demás Miembros de la Sociedad. En cuyo caso se comprometen a romper inmediatamente toda relación comercial o financiera con él, a prohi-

bir toda relación de sus respectivos nacionales con los del Estado que haya quebrantado el Pacto y a hacer que cesen todas las comunicaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de dicho Estado y los de cualquier otro Estado sea o no Miembro de la Sociedad.

Desgraciadamente, ésta no correspondió a las esperanzas que se han depositado en su funcionamiento, pues lejos de hacerse universal como era su propósito, se vio inmensamente debilitada porque los Estados Unidos de América y otros importantes países del mundo no formaron parte de ella o se retiraron de su seno cuando se presentaron conflictos graves como la invasión de Etiopía por Italia o la agresión de Japón a China, entre otros. En otros casos sus miembros no supieron cumplir sus obligaciones, permitiendo impúnemente que se consumaran las conquistas. La única vez que pretendió intervenir lo hizo de contramano, a favor del agresor, Bolivia, que había iniciado las hostilidades militares para apoderarse del Chaco Boreal, por lo que el Paraguay meses después se vio en la necesidad de declarar el estado de guerra para reclamar a la Argentina la adopción de medidas a fin de evitar que su territorio continúe siendo utilizado con fines militares por uno de los beligerantes. Inmediatamente Argentina declaró su neutralidad pero Bolivia, hábilmente, apeló al Consejo de la organización mundial y demandó la aplicación del artículo 16 al Paraguay que, por no aceptar sus recomendaciones, se le aplicó las sanciones pertinentes por lo que también optó por retirarse de su seno.

Entonces, como ya se vislumbraba, la Sociedad de las Naciones acabó hundiéndose en medio del fragor producido por la Segunda Guerra Mundial iniciada en 1939, optando por la disolución dispuesta en su XXI Asamblea en abril de 1946. Antes de eso, los Estados en guerra con el Eje Berlín–Roma–Tokio habían resuelto mantener su colaboración auspiciada en las siguientes ocasiones:

a) Cuando el 6 de enero de 1941 el Presidente estadounidense Franklin Delano Roosevelt en su mensaje al Congreso proclamó las cuatro libertades (de palabra, de culto, de necesidad y de temor);

b) Cuando el 14 de agosto de 1941 Roosevelt y Churchill suscribieron en la Bahía de Placentía la Carta del Atlántico dando a conocer sus fines de guerra;

c) Cuando el 1º de enero de 1942, 26 naciones suscribieron la Declaración delas Naciones Unidas a la que posteriormente se sumaron otros 21 paí-

ses más confirmándose el contenido de la Carta del Atlántico y el compromiso de utilizar todos los recursos militares contra el Eje y la decisión de no celebrar armisticio o paz por separado con los enemigos;

d) Cuando el 1º de noviembre de 1943 suscribieron el Presidente Franklin D. Roosevelt, el Primer Ministro británico Winston Churchill, el dictador José Stalin y el presidente chino Chiang Kai–Shek, la Declaración de Moscú en la que resolvieron continuar su colaboración después de al guerra y establecer una organización para mantener la paz y la seguridad mundiales;

e) Cuando se realizaron las conferencias de El Cairo, Teherán y Bretón Woods entre 1943 y 1944, y de Yalta entre el 3 y 11 de febrero de 1945.

Así fue como poco antes de terminar la Segunda Guerra Mundial, entre abril y junio de 1945, cincuenta naciones incluido el Paraguay fundan en San Francisco la Organización de las Naciones Unidas en reemplazo de la extinta Sociedad de las Naciones con el propósito –según su preámbulo– de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infringido a la humanidad sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional; y a promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

Y con tales finalidades, a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos.

IV. LOS MEDIOS PARA ESTABLECER LA SEGURIDAD COLECTIVA EN LA ONU

La Carta de la ONU establece como base de la seguridad colectiva internacional el compromiso de todos los miembros:

1º) De resolver sus controversias por medios pacíficos;

2º) De abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la guerra. Lo que precisamente no se ha observado en la guerra contra Iraq, ya que la agresión está proscrita en absoluto y se la considera en realidad como un delito de lesa humanidad.

De ahí que no basta proscribir la agresión. La seguridad colectiva requiere, además, que se impida las guerras, no sólo facilitando la solución de conflictos que pudieran provocarlas, sino haciendo también que cualquier acto de agresión, lejos de conseguir sus propósitos, dé más bien lugar a enérgicas medidas de represión y a aplicar sanciones contra el agresor. ¿Será esto posible en las circunstancias actuales?

La ONU ha previsto cuáles deben ser los medios esenciales para establecer la seguridad colectiva. Para su mejor conocimiento podemos clasificarlos en:

1º) Medios preventivos; 2º) Medios para la solución pacífica de los conflictos; 3º) Medios coercitivos; y 4º) Sanciones penales.

Los *medios preventivos* están destinados a evitar situaciones peligrosas, que predispongan a los pueblos para el nacimiento de conflictos, entre los que figuran el arreglo de situaciones peligrosas para la paz, y el desarme.

Los *medios pacíficos* deben utilizarse cuando, surgida una controversia, ésta no llega a constituir una amenaza inminente de agresión, pero puede degenerar en tal.

Los *medios coercitivos* deben emplearse cuando una amenaza de agresión o un quebrantamiento efectivo de la paz hace necesaria la intervención de los recursos militares de la organización.

Finalmente, las *sanciones penales* deben aplicarse cuando, habiéndose producido la agresión, hay que sancionar a los culpables de ella.

El órgano político de la ONU es el Consejo de Seguridad integrado por cinco miembros permanentes con derecho al veto (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Rusia y China) y otros diez no permanentes, electos en la Asamblea General de acuerdo a una distribución geográfica equitativa. A este Consejo compete determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Asimismo, hará recomendaciones o de-

cidirá qué medias serán tomadas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

V. LOS ORGANISMOS REGIONALES Y LA SEGURIDAD HEMISFERICA

En el capítulo VIII de la Carta de la ONU., artículo 52, se consigna que en ninguna de sus disposiciones se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dicho acuerdo y organismo, y sus actividades, sean compatibles con sus propósitos y principios.

En el caso de nuestro organismo regional, debemos recordar que la construcción jurídico–política de la historia americana es la más antigua del mundo, pues si bien existieron antes reiterados intentos de asociaciones universales o regionales con el propósito de promover intereses, de asegurar la paz y de administrar justicia en las controversias internacionales, ninguno de ellos llegó a prosperar hasta que América lo convirtiera en auspiciosa realidad.

Este proceso se inició cuando en el Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, Colombia, Centroamérica, Perú y México suscribieron el histórico "Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua" que, según resulta de los documentos y protocolos del mismo, contenía todos los elementos que caracterizaron a la extinta Sociedad de las Naciones creada en 1918. Los cuales armonizan fundamentalmente con los fines que responden la constitución de la "*magna civitas*", Asamblea General de los Estados Miembros; mantenimiento de la paz; garantía de la independencia y la integridad territorial de ellos; justicia internacional organizada; solución de los conflictos por los medios pacíficos de los buenos oficios, la conciliación, la investigación y el arbitraje, y sanciones a los agresores; codificación del derecho internacional; prohibición de tratados incompatibles con el pacto de asociación; opiniones consultivas e interpretación de los tratados; abolición de la piratería y el corso; universalidad de las relaciones, etc. Documento que es el precursor del "Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca" (TIAR), de 1947, y éste a su vez del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), de 1949 redactado casi a su imagen y semejanza con los Estados Unidos de América como denominador común.

Es tras el Congreso de Panamá que se inicia el período de convivencia entre los Estados Americanos cuya primera Conferencia Internacional Americana se reunió en Washington D.C. del 2 de octubre de 1889 al 6 de abril de

1890, en la que se consideró propicio el momento para sentar las bases de una organización continental, entre otros motivos para la proscripción de la conquista territorial y el desconocimiento de toda adquisición hecha por la violencia, etc.

Así fue como en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, se aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyos principios rectores consignan que los Estados Americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos, y la agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos.

Además, en el capítulo VI, consagrado a la Seguridad Colectiva, se determina una vez más que toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra todos los demás Estados americanos.

En cuanto al TIAR, suscrito en la ciudad de México, conviene señalar que en su artículo III consagraba por primera vez que "las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de dichas partes contratantes se compromete ayudar a hacer frente al ataque en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de la ONU.".

En el Tratado del Atlántico Norte se encuentra una redacción casi similar en su artículo V cuando dice: "las Partes convienen en que un ataque armado contra una o varias de ellas que surjan en Europa o América del Norte será considerado como un ataque dirigido contra todas las Partes y, en consecuencia, ellas convienen que, si un tal ataque se produce, cada una de ellas, en el ejercicio de su derecho de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o las Partes atacadas de inmediato, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, si tal acción se juzgara necesaria, y comprendido el empleo de la fuerza armada, para restablecer y asegurar la seguridad en la región del Atlántico Norte".

Todo ataque armado de esta naturaleza y toda medida tomada en consecuencia serán inmediatamente puestos a conocimiento del Consejo de Seguri-

dad. Estas medidas finalizarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para restablecer y mantenerla paz y la seguridad internacionales".

En el artículo VI se menciona también que "para la aplicación del artículo V es considerado como un ataque armado contra una o demás Partes: un ataque armado contra el territorio de una de ellas en Europa o en América del Norte, contra los departamentos franceses de Argelia, contra las fuerzas de ocupación de cualquiera de las Partes en Europa, contra las islas situadas bajo la jurisdicción de una de las Partes en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer o contra los navíos o aeronaves de una de las Partes de la misma región".

Ahora tan solo nos resta consignar que desde la firma de ambos tratados de asistencia recíproca se produjeron algunas alteraciones en consonancia con las transformaciones del orden mundial que a pesar de su importancia no podemos siquiera condensarlas en esta ocasión, pero a modo de ejemplo nos detendremos a analizar brevemente la más grave de ellas acontecida en nuestro hemisferio sur en abril de 1982.

Se trata del conflicto desencadenado cuando las fuerzas armadas argentinas decidieron reincorporar físicamente a su soberanía las islas Malvinas situadas a 1.000 kilómetros de Buenos Aires y a 13.300 kilómetros de Londres. Las que geológicamente conforman –con las islas Georgias y Sándwich del Sur– una misma unidad geográfica y que la propia enciclopedia británica las define como formando "esencialmente parte de la Patagonia con la que se hallan conectadas por la meseta submarina". Pese a lo cual, y a otras razones históricas y jurídicas, el territorio se encuentra en poder británico desde 1833.

Sabido es que desde entonces todas las protestas argentinas fueron vanas, así como sus alegatos conculcados se estrellaron contra la soberbia indiferencia del agresor hasta que llegó el día en que el pueblo argentino se sintió apto para rescatar por la fuerza lo que por la fuerza se le había arrebatado, ya que por el derecho no lo lograba. Quizá su gobierno equivocó los medios empleados, cansado ya de las negociaciones crónicas pero, como ya lo consignamos en nuestra Introducción, la historia está preñada de locuras sublimes, que lograron lo que la prudencia y la cordura no lograrían jamás.

Tampoco valieron sus argumentos en la ONU señalando la necesidad de su descolonización, pues el Reino Unido permanecía inmutable, negándo-

se a negociar, aduciendo la voluntad contraria de sus escasos habitantes compuestos por colonos, funcionarios y empresarios británicos. Consumada entonces la recuperación física, lo que en ese momento convenía para por fin posibilitar un acuerdo honorable entre las Partes era la inequívoca manifestación de la solidaridad hemisférica con la Argentina para contrarrestar la amenaza de agresión británica y evitar que la confrontación vaya más allá de los aprestos bélicos.

En ese momento crucial, hasta se pensó en invocar la doctrina Monroe de 1823, pero se recordó que ésta en el pasado no se utilizó precisamente para preservar los intereses de nuestros países iberoamericanos, sino para imponer los Estados Unidos su propia hegemonía con el pretexto de sustraerlos de la colonización europea. Además, el entonces Secretario de Estado Alexander Haig expresó en la XX Reunión de Consulta de Cancilleres Americanos, convocada de urgencia, que no sería apropiado ni efectivo tratar esta disputa dentro de la estructura de seguridad colectiva del TIAR. Al mismo tiempo, el Departamento de Estado sostuvo la tesis de que la Resolución de la mencionada Reunión de Consulta en la que entre otras cosas se reconocía los derechos argentinos sobre las islas Malvinas, era sólo la expresión de los 17 países que la votaron, no solamente desentendiéndose de lo resuelto en ella sino tomando ya directamente partido por el Reino Unido y su decisión de aplicar sanciones a la Argentina, endosándose así la división Norte–Sur de la alianza occidental.

Lo que en ese momento se esperaba era que los Estados Unidos, miembro de la OTAN y el TIAR respectivamente, interpusiera sus buenos oficios para evitar una gravísima escisión entre ambos bloques de la alianza occidental. pero una vez definida la hasta entonces ambigua posición estadounidense, comenzó la agresión británica abriendo una profunda grieta en las relaciones del sistema interamericano con los países de la CEE y la propia OTAN con la honrosa excepción de España, Italia e Irlanda que no se acoplaron al apoyo que brindaron al Reino Unido.

Y como el desenlace de esta guerra no declarada era ya previsible por la vital colaboración prestada al agresor por los Estados Unidos, lo que sí sorprendió al mundo fue la encarnizada resistencia argentina y las graves pérdidas ocasionadas a la armada británica por su fuerza aérea a cargo del brigadier Basilio Lami Dozo. Además, para que no haya dudas sobre la neta superioridad en medios y tecnología de las fuerzas británicas utilizadas recién en su ofensiva final, fue el Gobierno de Margaret Thatcher el que dio a conocer a la TV de Londres que la ayuda de los Estados Unidos fue decisiva para su

victoria militar en la guerra del Atlántico Sur, como se reveló posteriormente en una "Historia Secreta del Conflicto".

Como al mes de producirse este conflicto ejercíamos la presidencia del Instituto Sanmartiniano del Paraguay, para conocimiento de la opinión pública nacional emitimos el 6 de mayo de 1982 el siguiente Pronunciamiento:

1º) Proclamar la legitimidad de los derechos históricos y jurídicos de soberanía de la República Argentina sobre las islas Malvinas, de cuya posesión pacífica fue despojada mediante el uso de la fuerza en 1833 por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

2º) Adherir a la tradicional postura anticolonialista de los Pueblos de América fundada en las luchas sostenidas por los libertadores José de San Martín y Simón Bolívar, solemnemente ratificada por la XX Reunión de Consulta de Cancilleres Americanos.

3º) Instar al fortalecimiento de la unidad y solidaridad hemisférica en base a estos principios, mediante la reorientación del Sistema Jurídico Interamericano en consonancia con la lucha histórica que libra actualmente la República Argentina en circunstancias dramáticas.

4º) Formular un llamamiento a los pueblos del mundo para que, a través de los procedimientos pacíficos contemplados en la Carta de la ONU, presionen para que en su seno se negocie una solución pacífica y justa de la guerra colonialista que se libra actualmente en el Atlántico Sur.

5º) Comunicar el contenido de esta Resolución a los demás institutos sanmartinianos del Hemisferio y difundirlo ampliamente en el país por los medios a su alcance.

Firmado: Dr. Antonio Salum–Flecha, Doña Beatriz Rodríguez Alcalá de González Oddone, Dr. José María Rivarola Matto, Don Alfredo M. Seiferheld, Don Federico Cooper, Dr. Luis G. Benítez, Lic. Blanca Romero de Viola, Dr. Julio César Chávez, Dr. Jerónimo Irala Burgos y Dr. Alejandro Marín Iglesias.

Desde entonces hasta este momento muchas cosas han cambiado en el ámbito internacional, excepto la alianza carnal o estratégica anglo–estadounidense por lo que un mar de dudas y sospechas se abre a nuestros pueblos frente a los siguientes hechos:

1– El fin del bipolarismo político y el nacimiento del unipolarismo encarnado por los Estados Unidos de América.

2– La enunciación y aplicación de la doctrina de la "guerra preventiva" sin el control de la ONU y en detrimento de su sistema de seguridad colectiva.

3– El desfase del TIAR en el ámbito continental por lo que México ha optado ya por denunciarlo en el curso de este año y la posibilidad de que la propia OTAN sufra similares consecuencias si se pretendiera utilizarla con fines de hegemonía política.

Por tanto, es recomendable que el Sistema Interamericano se fortalezca en defensa de sus intereses geopolíticos, económicos y sociales, fundamentalmente en base a la equitativa integración económica de sus miembros para hacer frente a los desafíos actuales.

DERECHO ECONOMICO

Por Juan Bautista Rivarola Paoli (*)

Por definición el Derecho Económico es la rama del Derecho que comprende las normas destinadas a llevar a cabo la política económica de un pueblo. En otras palabras, es la política económica legislada, como la llaman algunos autores.

El Derecho Económico –dice Ribeiro Bastos– surgió a partir del desenvolvimiento de un ordenamiento jurídico destinado a regular la intervención del Estado en la Economía. Ese desenvolvimiento se dio precisamente partir de la noción del "Estado de Bienestar" (Welfare State), es decir, después de la Primera Guerra Mundial. Se puede conceptuar al Derecho Económico como siendo el ramo autónomo del Derecho que se destina normativizar las medidas adoptadas por la Política Económica a través de una ordenación jurídica; es decir, a normativizar las reglas económicas, así como la intervención del Estado en la Economía.

En ese orden, es necesario establecer las analogías y diferencias entre Economía y Política Económica, en una primera aproximación a nuestro tema.

ECONOMIA Y POLITICA ECONOMICA

Nadie duda de la estrecha relación entre ambas disciplinas. Para Sepúlveda, la Política Económica es el conjunto de acciones que un Gobierno realiza para lograr resultados económicos pre-determinados. La Política Económica utiliza los conocimientos de la ciencia económica. Lo que los gobiernos realizan en el campo de la Economía, sus objetivos, métodos y resultados, es distinto. En un sentido más amplio, el mismo autor puntualiza la diversidad

*) Profesor Titular de Economía Política, Derecho Romano y Derecho Internacional Público.

de las Políticas Económicas, en tres órdenes de causas: los sistemas políticos (autoritarios o democráticos); las ideas vigentes (neoliberalismo, desarrollo económico, reformular el rol del Estado) y las realidades sociales (ya que una sociedad agrícola difiere de una industrial).

Para Da Fonseca, el Derecho Económico está constituido por un cuerpo orgánico de normas conductoras de interacción del poder público y del poder económico privado y destinado a regir la Política Económica. Es decir una nueva forma de relación jurídica.

Celso Ribeiro Bastos define a la Política Económica como el conjunto de medidas adoptadas por el Estado teniendo en vista un determinado objetivo, como el progreso, el desarrollo, el crecimiento, la estabilidad económica, la mejor distribución de la renta, la busca del pleno empleo, la justicia social, el control de la inflación, etc. Es a través de ella que son trazadas las directrices a ser tomadas por el Estado y por la sociedad (sector público y privado) en el área económica.

De allí que De Figueroa analiza los elementos esenciales que configuran todo problema de Política Económica, y que son: "a) los fines que la política trata de alcanzar, b) los medios utilizados para alcanzarlos; y c) las relaciones entre fines y medios".

POLITICA ECONOMICA COYUNTURAL Y ESTRUCTURAL

Entendemos la Política Eeconómica en general como el conjunto de actuaciones económicas realizadas por el Gobierno y otros órganos del Estado, para alcanzar ciertos objetivos macroeconómicos, algunos a más corto plazo (estabilidad de precios, mayor empleo, equilibrio de los pagos exteriores) y otro a plazo más largo, cuya consecución implica llevar a cabo reformas estructurales e institucionales.

La Política Coyuntural hace referencia etimológicamente a la responsabilidad que asume el Gobierno de regular y controlar la Economía. En concreto abarca la acción del Gobierno que afecta a corto plazo a los aspectos siguientes del comportamiento de la economía:

a) el ritmo de variación del nivel general de precios.

b) el volumen de desempleo

c) la balanza de pagos del país.

d) el crecimiento económico.

Se determina así lo que se conoce habitualmente como "el cuadrado mágico" de esta política.

En cuanto al término Política Estructural, nos remite claramente a problemas más de fondo, cualitativos o de estructura, sobre todo microeconómicos y de oferta, cuya solución requiere una perspectiva temporal más amplia.

LOS INSTRUMENTOS DE LA POLITICA ESTABILIZADORA

El más significativo es el que atiende a la naturaleza de las medidas aplicadas, que nos permite distinguir políticas instrumentales fundamentales:

1. *La política monetaria.* Consiste esencialmente en la manipulación de la oferta monetaria, de los tipos de interés, del crédito y/o el tipo de cambio por parte del Banco Central, con el fin de influir en determinados resultados de la actividad económica, sobre todo, en el nivel de la renta, del empleo, del saldo de la balanza de pagos y especialmente, de los precios.

2. *La política fiscal.* Es el conjunto de decisiones que afectan el nivel o la composición de los gastos públicos, así como al peso, estructura o frecuencia de los pagos impositivos. Es por tanto, la que dirige y controla estos gastos e ingresos, así como la administración de la deuda pública.

Después del somero análisis de estas concepciones teóricas, estamos en condiciones de establecer las políticas económicas que deben seguir los países dentro del amplio campo que despliega el Derecho Económico.

MARCO JURIDICO DE LA POLITICA ECONOMICA

La Política Económica es el elemento básico para la acción que el Estado debe realizar en el campo de la Economía. Está en manos de la autoridad económica tomar estas decisiones, que deben encuadrarse dentro de la Constitución y las leyes, así como en los Decretos y reglamentos que resulten de la aplicación de las leyes y en las decisiones que adoptan las autoridades dentro de sus respectivas facultades legales (Contraloría General de la República, Dirección de Impuestos, Municipalidades, etc.). Es lo que llamamos marco

jurídico de la Política Económica, y está constituido por el Orden Público Económico.

ORDEN PUBLICO ECONOMICO

Es el conjunto de principios básicos relativos a la actividad económica. Deben tener la máxima estabilidad ya que constituyen –según Sepúlveda– el sustento jurídico del sistema económico. Estas exigen definiciones a nivel constitucional, de donde parte la legalidad de las normas que la preceden.

De allí que cuestiones como el sistema de impuestos, derecho de propiedad, el presupuesto fiscal, el ejercicio de las actividades empresariales y de los trabajadores, así como el desarrollo económico, requieren estabilidad jurídica, y estar amparadas en los textos constitucionales.

Por eso la constitución económica se corporiza precisamente en el modo por el cual el Derecho pretende relacionarse con la Economía, la forma por el cual lo jurídico entra en interacción con lo económico. Como afirma Da Fonseca, constitución política y constitución económica se interimplican y se integran. Es decir, el concepto jurídico de constitución Económica pretende ver cómo puede el Derecho conducir el fenómeno económico.

Como indica Gaspar Ariño Ortiz, se entiende por constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país según un orden que se halla reconocido en la Constitución.

Ese orden público económico podría estar ligado a la *economía de mercado*, como el caso de Chile a partir de la Constitución de 1980. Esto no quiere decir que no podrían establecerse sistemas económicos distintos que el de mercado, pero ello requeriría disposiciones legales expresas y en ciertos casos modificaciones constitucionales, ya que el sistema de mercado tiene su fundamento en la Constitución.

SISTEMA ECONOMICO

Se impone dentro del Derecho Económico entender qué es el sistema económico. Sepúlveda lo define como la organización de cada grupo social para lograr los bienes económicos que los miembros del grupo requieren.

El sistema económico genera un conjunto de relaciones que caracterizan la organización económica total de la sociedad.

Estas relaciones tienden a la solución de los problemas económicos de la sociedad, cuyos miembros realizan diversos roles y participan de manera diferente en la distribución de lo que se produzca, generando así relaciones distintas.

El sistema económico debe cumplir ciertas funciones. Así según Knight, debe:

– Determinar qué y cuánto producir;

– Organizar la elaboración de aquello que se va a producir;

– Repartir el producto;

– Mantener y mejorar el sistema social (progreso);

– Ajustar consumo y producción en períodos cortos.

A lo que se debe agregar el crecimiento para lograr el mayor bienestar. A mayor producción, se genera mayor reparto. El problema es de que el reparto sea equitativo, y bajo estrictas ideas de justicia social.

Para comprender la constitución económica y el orden económico, debemos precisar aún más el concepto de sistema económico.

Así el sistema económico es el "conjunto de estructuras económicas, institucionales, jurídicas, sociales y mentales organizadas en vista de asegurar la realización de un cierto número de objetivos económicos (equilibrio, crecimiento, repartición, etc...). El sistema económico caracteriza en el plano teórico el ideal, el espíritu, la forma y la técnica de la actividad económica de una nación. Hay un gran número de clasificación de los sistemas" (Lexique d´economie, 1992).

Los sistemas se distinguen unos de otros por la afirmación de determinadas fuerzas productivas y determinadas formas de organización material de la producción, la *base económica* (estructura económica o infra estructura) en el seno del cual se desenvuelven determinadas *relaciones sociales de producción* y a partir de la cual emergen e instalan determinadas *estructuras*

políticas, jurídicas, culturales, ideológicas (superestructuras), expresa Aveläs Nunes.

El concepto de régimen económico se desprende de la "...organización económica de un país, que se puede caracterizar como un conjunto mas o menos coherente de *estructuras.* El régimen constituye una aplicación concreta del sistema que es una organización-tipo o un ideal-tipo. Cada sistema económico puede dar lugar a un gran número de regímenes. El sistema capitalista conoció diversos regímenes en el espacio y el tiempo: el capitalismo comercial, el capitalismo industrial, el capitalismo financiero, el capitalismo de pequeñas unidades, el capitalismo liberal, el capitalismo dirigista, el neocapitalismo, el capitalismo dualista en los países subdesarrollados. El sistema socialista abraza también diversas formas de régimen: el socialismo autogestionador, el socialismo de mercado, el socialismo de Estado, el socialismo chino, el socialismo dualista de los países subdesarrollados, etc...." (*Léxique d´Economie, 1992).*

Entonces los sistemas económicos –explica Ramos Tavares–, son modelos amplios, que pueden presentar, por eso mismo, una serie de variaciones en las formas concretas adoptadas en su implementación práctica. Además como consideraba E. R. Sikes: "Sobre cualquier sistema, tierra, trabajo y capital deben operar conjuntamente, debidamente, coordinados y orientados. Esto puede ser hecho por el individuo, por una empresa concesionaria, como entre nosotros (Estados Unidos de América del Norte) o por funcionarios públicos, como en Rusia, pero tienen que ser hechos". Por lo tanto, a pesar de proceder así, ligeramente, la clásica y notoria distinción de sistemas, ni por eso se debe comprenderlos en realidades estancadas, incomunicables. Por el contrario, así comprendidas no serían realistas y poca importancia tendrían que no fuera aquella esencialmente teórica.

CONSTITUCION ECONOMICA

A partir de la Primera Guerra Mundial, el concepto de constitución económica cobra un gran impulso, con el incremento de la crisis del capitalismo en 1929, y después aun más de la Segunda Guerra Mundial. El siglo XX trajo la idea de la constitución económica, con la cual se pretende regular las relaciones económicas.

De allí que define Vital Moreira a la constitución económica como: "El conjunto de preceptos e instituciones jurídicas que, garantizando los elementos definidores de un determinado sistema económico, instituyen una deter-

minada forma de organización de la economía, y constituyen, por eso mismo, un determinado orden económico; o de otro modo, aquellas normas o instituciones jurídicas que, dentro de un determinado sistema y forma económicos, garantizan y (o) instauran, realizan un determinado orden económico concreto".

De esta definición se puede extraer –dice Da Fonseca–, todos los elementos que llevan a conceptuar el papel del Estado en la edición de normas destinadas a regir el fenómeno económico, bien como, específicamente, la de su función de ordenador de los mecanismos de *mercado.*

La *constitución económica* opera la conversión del régimen económico en *orden jurídico económico.* Tiene ésta por finalidad establecer los principios y reglas, reformadores de las normas que regeneran las relaciones económicas. Y la regencia de esas relaciones se da sobre dos prismas: el orden jurídico económico *acepta o acoge* el régimen económico existente, adoptando como base de la organización que la norma implanta; el orden jurídico económico procura *crear un nuevo régimen económico.* De ahí el gran número de *normas programáticas* existentes en las constituciones modernas, que tienen por finalidad justamente reformular, dar otra forma, al orden ya adoptado anteriormente.

No puede haber conflicto entre la constitución económica y la constitución política. "La constitución económica –dice Manuel Alfonso Vaz–, es pues, una parte de la constitución política, y su objeto no se confunde con la ordenación total, global y acabada de la sociedad. La constitución económica no se puede separar de la democracia, ni de las exigencias de un Estado de Derecho.

Concluyendo, diremos que no es la expresión *constitución económica* que, *de por sí*, se torna sujeta a ciertos reparos, pero sí el enfoque ideológico que se le quiera referir. De esto, la expresión, en sí misma, no lleva hasta un cuadro terminológico simple para significar *los principios jurídicos fundamentales de organización económica de determinada comunidad política.*

Más precisamente, para André Ramos Tavares, el *Orden económíco constitucional* sería el conjunto de normas que realizan un determinado orden económico en el sentido concreto, disponiendo acerca de la forma económica adecuada. Es decir abarca planos jurídicos distintos, como el derecho público, derecho privado o ramos jurídicos diversos, como el derecho comercial, civil, trabajo, administrativo, etc.

Puede definirse –dice por su parte Alberto R. Dalla Vía– al derecho constitucional económico como el conjunto de preceptos de rango constitucional sobre la ordenación de la vida económica. La existencia de un derecho constitucional económico ha cobrado relevancia en los escritos de distintos autores de derecho comparado. Stober diferencia entre un derecho constitucional económico en sentido restringido y un derecho constitucional económico en sentido amplio, entendiendo comprendido en el primero a los preceptos de rango constitucional, ejemplo: libertad de industria y comercio; garantía de la propiedad, etcétera; y, en el segundo, a las normas reguladoras de la realidad económica, independientemente de su rango normativo, ejemplo: legislación antimonopólica; ley sobre la pequeña y mediana empresa, etcétera.

De este modo, el derecho constitucional económico es el que predetermina las soluciones concretas que corresponde aplicar al derecho administrativo económico.

DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL

Prosper Weil, aparta la idea de que el Derecho Internacional Económico constituye un capítulo entre otros del Derecho Internacional general.

Para D. Carreau, el Derecho Económico Internacional no constituye una disciplina autónoma, pero posee particularidades suficientes para asegurar su individualización. De allí que lo define: “Como el ramo del Derecho Internacional que reglamenta, de un lado la instalación sobre el territorio de los estados de diversos factores de producción (personas y capitales) provenientes del extranjero y, por otro lado, las transacciones internacionales relativas a bienes, servicios y capitales”. Ella tendría los siguientes ramos: a) derecho de las inversiones; b) derecho de las relaciones económicas; c) derecho de las instituciones económicas; d) derecho de las integraciones económicas regionales; e) derecho de la situación (régimen jurídico) del extranjero. Como se puede verificar abarca casi toda la vida internacional.

Paul Reuter lo define como el ramo del Derecho Internacional que trata de reglamentar jurídicamente los problemas relativos a la producción, el consumo y la circulación de las riquezas.

Albuquerque Mello expresa: “Como se puede verificar, cualquiera de estas definiciones dadas es válida y puede ser adoptada, ya que ellas no presentan diferencias esenciales”.

La doctrina más reciente, expresa Ileana di Giovan Battista, tiende a postular al Derecho Internacional, en general, como conjunto de normas que regulan la sociedad internacional contemporánea en todos sus aspectos, complejidad y diversidad.

Ello explica, naturalmente, que el contenido material del Derecho Internacional haya crecido desmesuradamente en las últimas décadas para abarcar distintas "áreas técnicas" en las que una regulación internacional se ha percibido como necesaria.

De allí la multiplicidad de ramas que hoy los autores integran al Derecho Internacional: Derecho Internacional Económico, del Medio Ambiente, del Trabajo, Sanitario, de la Propiedad Industrial, del Espacio, etcétera.

Podría concluirse –expresa Di Giovan Battista–, que el Derecho Económico es, por su origen y ámbito de aplicación una rama del Derecho Internacional; por su contenido material, por su problemática dinámica y específica del siglo XX, arraiga en el Derecho Económico; por los sujetos y relaciones que abarca y también por sus técnicas de elaboración participa del Derecho Público y del Derecho Privado.

BIBLIOGRAFIA

– Albuquerque Mello, Celso de. "Direito Internacional Económico". Editora Renovar. Río de Janeiro. 1993, p. 72.

– Avelas Nunes. "Os sistemas economicos". 1991, p. 7

– Carreau, Dominique. "Droit International Economique": París. 1980. pp. 411/3

– Da Fonseca, Joäo Bosco L. "Direito Económico". Editora Forense. Río de Janeiro. 2003.

– Dalla Via, Alberto Ricardo. "Derecho Constitucional Económico". Abeledo Perrot. 1999, pp. 49 y ss.

– De Figueroa. "Curso de Política Económica". Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1965. p. 4.

– Di Giovan, Ileana. “Derecho Internacional Económico”. Abeledo Perrot. Buenos Aires. pp. 77/9.

– Dromi, Robert. Derecho Administrativo Económico. Ciudad Argentina. 1997. Buenos Aires.

– Fernández Díaz Andrés, Parejo Gámir José Alberto y Rodríguez Sáiz. Política Económica.McGraw–Hill. Madrid. España. 1995.

– Ramos Tavares, André. Direito Constitucional Económico”. Säo Paulo. 2003. p.87

– Sepúlveda, Cesar. “Derecho Económico. Nociones económicas previas al estudio jurídico”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. Tomos I y II. 1994.

– Sikes. E.R. Contemporany economic system, pp. 8, 9, cit. Por José Duarte, *A Constitucao brasilera de 1946*, p. 93.

– Vaz, Manoel Alfonso. Direito Económico; “Orden Económico Portuguesa”. 1990, pp. 90 y 91.

– Vital Moreira. “Economía y Constitución”. 1979, p. 41.

– Weil Proyer. “Derecho Internacional Económico. ¿Mito o realidad?”, en Estudios de Derecho Económico, I, 1980, p. 211.

– Stober, Rolf. “Derecho Administrativo Económico”, trad. y anot. de Santiago González - Voraz Ibañez. Ministerio para la Administraciones Públicas. Madrid. 1992.

EL PROTOCOLO DE OLIVOS: NUEVO SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Por Roberto Ruiz Díaz Labrano (1)

Todo proceso de integración que evoluciona, debe ir acompañado por la implantación de garantías jurídicas a los Estados Parte y a los particulares, de modo que se logre una correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y de la efectividad de su conjunto normativo, de manera tal que sea aplicado de forma sistemática y efectiva.

Como todo proceso de esta naturaleza, en el caso del Mercosur al mismo momento de su creación fue previsto, aun cuanto limitadamente, un sistema de solución de controversias, supeditado, como es lógico, a su posterior perfeccionamiento, cuyo primer paso ha sido el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (2).

El mecanismo inicialmente previsto atribuía al Grupo Mercado Común, órgano dinamizador del proceso, elaborar y elevar al Consejo del Mercado Común, en un término no mayor a los ciento veinte días de la entrada en vigor del Tratado de Asunción, una propuesta de Sistema de Solución de Controversias para el **periodo de transición**, es decir para antes del 31 de diciembre

---

1) Presidente de la European Community Studies América Latina Association "ECSA-AL". Profesor de Derecho Internacional Privado y Profesor de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

2) Artículo 34 del Protocolo de Brasilia "El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del tratado de Asunción".

de 1994, oportunidad en la cual los Estados Partes debían adoptar un sistema para el "Mercado Común" (3).

El propio Tratado estableció el siguiente cronograma: 1. Desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción hasta un plazo no mayor de ciento veinte días, para instrumentar el sistema; 2. Desde la entrada en vigencia del nuevo documento hasta finalizar la etapa de transición, fijado inicialmente el 31 de diciembre de 1994 y prorrogado posteriormente; 3. A partir de la puesta en marcha del Mercosur, el 1º de enero de 1995, en que se adoptaría un Sistema Permanente de Solución de Controversias.

Entre tanto se establecía el sistema provisional previsto a la firma del Tratado de Asunción, las posibles controversias debían ser resueltas por medio del mecanismo previsto en el Anexo III al Tratado, instrumento inicial adoptado para enfrentar la primera fase, por medio de una regulación sintética en la que se establecía ámbito de aplicación y procedimiento a seguir en las controversias entre los Estados Partes, omitiendo totalmente a los particulares.

El insuficiente procedimiento pretendía servir de instrumento para resolver las controversias, exclusivamente por medio de negociación directa entre las partes involucradas, por medio de los buenos oficios del Grupo Mercado Común e intervención del Consejo del Mercado Común, órganos que intervendrían con carácter conciliatorio, puesto que sus recomendaciones no tenían carácter vinculante ni obligatorio.

Con posterioridad, sobre la base del cronograma previsto se aprobó un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Solución de Controversias en el Mercosur suscrito en Brasilia de donde deriva el nombre de **Protocolo de Brasilia** (4). El ámbito de aplicación del sistema establecía un mecanismo

---

3) Inicialmente se estableció el 31 de diciembre de 1994 como la fecha en que quedaría estructurado el Mercado Común, y naturalmente se establecía igualmente esa fecha como tope para disponer de un sistema adecuado a dicho esquema.

4) El proyecto fue considerado en la IV Reunión del GMC celebrada en Brasilia entre los días 13 y 17 de diciembre de 1991 y aprobado con pequeñas modificaciones por la Resolución número 1/91; fue elevado al CMC que lo aprobó como "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias" el 17 de diciembre de 1991 siendo suscripto por los presidentes y los cancilleres de

arbitral para la solución de controversias entre los Estados Parte, incluyendo reglas limitadas para las "reclamaciones" de los particulares (5).

Según la regulación del Protocolo se aplica entre los Estados Partes, en los casos de **controversias sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento** de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, así como con relación a los acuerdos celebrados en el marco del mismo y actos normativos de los órganos con capacidad decisoria (6). Para el reclamo de los particulares (personas físicas o jurídicas) fue contemplado, con visibles limitaciones, un procedimiento que convertía finalmente dicho reclamo de nuevo en una discusión o controversia entre los Estados Partes.

En cuanto al procedimiento arbitral fue estructurado sobre la base inicial de negociaciones directas, una suerte de mediación por parte del GMC y luego la constitución del Tribunal Arbitral Ad Hoc, no estando previsto ningún tipo de órgano permanente. La etapa arbitral se abre cuando la controversia no se hubiere podido solucionar mediante la aplicación de los procedimientos de negociación entre los Estados Partes y la mediación del Grupo Mercado Común.

Se inicia, de acuerdo al Protocolo de Brasilia, cuando cualquiera de los Estados Partes en la controversia comunica a la Secretaría Administrativa del Mercosur "SAM" la intención de recurrir al procedimiento arbitral. La Secretaría notifica al otro u otros Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común que tiene a su cargo los trámites para el desarrollo del procedimiento (7).

El Tribunal Arbitral es Ad-Hoc y está integrado con tres juristas de reconocida solvencia y capacidad como árbitros (8); cada Estado Parte desig-

---

los cuatro Estados Partes. Este sistema rigió desde el 29 de noviembre de 1991, fecha de entrada en vigor del Tratado de Asunción, hasta el 22 de abril de 1993 en que entró en vigor el Protocolo de Brasilia.

5) Véase: Adriana Dreyzin de Klor "La viabilidad del Mercosur en relación al sistema de solución de Controversias", en "Integración Eurolatinoamericana", publicación coordinada por Carlos Francisco Molian del Pozo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Año 1996.

6) Artículo 1º del Protocolo de Brasilia sobre Solución de Controversias.

7) Artículo 7 del Protocolo de Brasilia.

8) De conformidad al artículo 13 del Protocolo de Brasilia los árbitros que integren las listas a que hacen referencia los artículos 10 y 12 deberán ser

na un árbitro, de acuerdo al sistema de proposición de árbitros y un tercero es designado de común acuerdo, a éste último corresponde presidir el Tribunal y no podrá ser nacional de ninguno de los Estados sujetos de la controversia (9).

Respecto del Laudo o Resolución Arbitral que emite el Tribunal, una vez ejecutoriado, es de aplicación obligatoria para los Estados Partes que han declarado expresamente reconocer ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial la jurisdicción del Tribunal Arbitral constituido para cada caso (10).

El Protocolo estableció que el Tribunal Arbitral fijará en cada caso su sede en alguno de los Estados Partes y adoptará sus propias reglas de procedimiento; posteriormente, el Consejo del Mercado Común resolvió fijar la sede en Asunción, capital de la República del Paraguay, disposición que fue ratificada por el Protocolo de Ouro Preto con la disposición convalidatoria de las decisiones del Consejo del Mercado Común destinadas a la adecuación del proceso.

Las reglas establecidas garantizan que cada una de las Partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser escuchada y de presentar sus pruebas y argumentos así como de que el proceso sea impulsado (11).

---

juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia.

9) A fin de no trabar el procedimiento por falta de acuerdo, y a pedido de cualquiera de los Estados en la controversia, la Secretaría Administrativa procederá a su designación por sorteo de una lista de dieciséis árbitros confeccionada por el Grupo Mercado Común. Dicha lista, que también quedará registrada en la Secretaría Administrativa, estará integrada en partes iguales por nacionales de los Estados Partes y por nacionales de terceros países. Cada Estado Parte en la controversia nombrará además un árbitro suplente. que reúna los mismos requisitos, para reemplazar al árbitro titular en caso de incapacidad o excusa de éste para formar el Tribunal Arbitral, sea en el momento de su integración o durante el curso del procedimiento. Los árbitros deberán ser nombrados en el término de quince días, a partir de la fecha en la cual la Secretaría Administrativa haya comunicado a los demás Estados Partes en la controversia la intención de uno de ellos de recurrir al arbitraje. Si uno de los Estados Partes en la controversia no hubiera nombrado su árbitro en el término indicado, será designado por la Secretaría Administrativa de entre los árbitros de ese Estado, según el orden establecido en la lista respectiva.

10) Artículo 8 del Protocolo de Brasilia.

11) Artículo 15 del Protocolo de Brasilia.

En cuanto al resultado de la aplicación del Protocolo de Brasilia revela que sólo luego de un largo período fue utilizado, no precisamente por falta de conflictos o controversias, sino probablemente por la falta de credibilidad de que el sistema pudiera resolver efectivamente las cuestiones pendientes, dando privilegio a la acción negociadora (12).

La experiencia a través de la utilización del Protocolo y las controversias en trámite permite verificar cuáles han sido los principales argumentos y puntos de discrepancia respecto de la aplicación e interpretación de la normativa por los Estados Partes, que ilustra sobre las cuestiones que habrá de superar el proceso de integración del MERCOSUR.

En este sentido y sólo a título de ejemplo, citamos reveladoras experiencias de lo que ha sido hasta la fecha el funcionamiento del Sistema de Solución de Controversias, que permite comprobar las dificultades que tiene el proceso en la adecuación a las reglas de juego que todo proceso de integración exige.

Los diversos Laudos arbitrales muestran, en efecto, que ha sido invocado en general el incumplimiento de los compromisos convencionales asumidos, o que la normativa nacional es incompatible con lo acordado. En otros casos, la falta de respeto al principio de trato nacional, señalando el rompimiento del referido principio por medio de ciertas normas o reglas internas.

Se ha argumentado que esta situación genera incertidumbre e inseguridad en las operaciones comerciales, lo que revela en general que aún no se ha logrado asumir con seriedad conductas que conduzcan a condiciones de competitividad en la región.

En cuanto al futuro, que será enfrentado con la reformulación del sistema, es previsible que estos argumentos sigan siendo las cuestiones en los planteamientos a ser sometidos al sistema de solución de controversias.

Se verifica también controversias que no han arribado a ese estadio, pero que son ilustrativas en cuanto a que subsisten las restricciones arancelarias y las no arancelarias de efecto equivalente, o que se han generado restricciones de diversa naturaleza y efectos, tales como medidas tributarias internas que se han traducido en obstáculos al comercio y se traducen en políticas que afectan las condiciones de competitividad.

12) A la fecha se han dictado nueve laudos.

Estos problemas persistirán o adquirirán nuevos matices por la dinámica propia de un proceso de integración; hay que ser claros y contundentes, sin embargo, en que la falta de conflictos comerciales en un proceso de integración puede revelar dos cosas: la extraordinaria eficacia del sistema o la falta de credibilidad en el mismo. Consientes de esta situación así como de la transitoriedad del sistema y la necesidad de su perfeccionamiento, ha hecho que las autoridades del MERCOSUR se abocaran a este objetivo, iniciando diversas reuniones que condujeron finalmente al Protocolo de Olivos.

En efecto, la reforma al sistema de solución de controversias tendiente a su perfeccionamiento, fue reconocida institucionalmente como una necesidad en la evolución del proceso de integración del Mercosur; de allí que los esfuerzos matizados de situaciones políticas fueron avanzando hasta lograr consenso sobre un nuevo sistema. Este sistema no ha resuelto, sin embargo, la inquietud de los particulares sobre la falta de un mecanismo efectivo de solución de controversias, grave déficit que persiste y resta credibilidad al proceso mismo.

Veamos, por tanto, más específicamente en qué medida esta expectativa ha sido cubierta por el Protocolo de Olivos (13). Bajo este propósito, nos proponemos realizar una rápida revista de los aspectos que constituyen dentro del Protocolo de Olivos una innovación sustantiva, anticipando que no cubre íntegramente todas las expectativas, especialmente la de los particulares, pero significa de todas formas un gran avance y un buen signo de que el proceso está en marcha.

LOS PRINCIPALES ANTECEDENTES DEL PROTOCOLO DE OLIVO

La necesidad del perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia fue encaminada por el Consejo Mercado Común a través de la Decisión N° 25/00,

13) “El 18 de febrero de 2002, se suscribió en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, un nuevo instrumento para regular la solución de controversias en el Mercosur. No se trata del “Sistema Permanente” previsto en el Anexo III del Tratado de Asunción de 1991, sino de otro “régimen transitorio” que modifica el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de este mismo año y su Reglamento, aprobado por el Consejo Mercado Común por Decisión 17/98, como así también algunos dispositivos del Protocolo de Ouro Preto” (Ernesto J. Rey Caro “EL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR”).

instruyendo al Grupo Mercado Común a fin de que por medio del Grupo Ad-Hoc ya existente de "Aspectos institucionales", se estudiara y presentara antes del 10 de diciembre de 2000 una propuesta integral vinculada con el perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia de 1991 orientada al perfeccionamiento de la etapa posterior al laudo arbitral, en particular el cumplimiento de los laudos y el alcance de las medidas compensatorias.

Se pretendía también elaborar criterios para la conformación de listas de expertos y árbitros, y para su designación en cada caso, asegurando una mayor estabilidad a los árbitros, así como alternativas para una interpretación más uniforme de la normativa MERCOSUR y mecanismos para agilizar los procedimientos existentes, contemplando procedimientos sumarios para casos determinados.

El Grupo Ad-Hoc sobre Asuntos Institucionales presentó un "Proyecto de Perfeccionamiento", cuya principal propuesta consistía en la reducción de las tres fases del Protocolo de Brasilia – negociaciones directas, intervención del Grupo Mercado Común, Tribunal arbitral ad-hoc - , a dos, eliminándose la segunda fase, la creación de una lista específica de terceros árbitros que desempeñarían la presidencia del Tribunal, con la finalidad de conferir mayor calidad y uniformidad a los laudos arbitrales, la creación de un tribunal de apelación, constituido por cinco árbitros e introducir normas relacionadas con la fase posterior al laudo arbitral, en especial referidas a la implementación del laudo y niveles de compensación.

El Consejo Mercado Común, entendiendo que se requería la opinión de juristas y especialistas, por Decisión N° 65/00 dispuso la constitución de un grupo especial denominado Grupo de Alto Nivel "GAN", integrado por personas designadas por los Estados Partes, a fin de analizar y presentar una propuesta, consensuado en gran medida a través de este órgano especial, finalmente fue aprobado el Protocolo de Olivos sobre la base de un proyecto encaminado a través de este Grupo, adecuándolo a los criterios políticos que fueron considerados, lo que dio por resultado el Protocolo suscrito el 18 de febrero de 2002 en Buenos Aires.

AMBITO DE APLICACION DEL PROTOCOLO DE OLIVOS

El ámbito de aplicación del Protocolo de Olivos está determinado en el artículo primero; se aplicará a las **controversias que surjan entre los Estados Partes sobre: a) interpretación; b) aplicación; c) incumplimiento del Tratado de Asunción**, el Protocolo de Ouro Preto, los Protocolos y acuerdos

celebrados en el marco del Tratado de Asunción, así como los actos normativos emitidos por los órganos con capacidad decisoria, como las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Esta disposición determina el alcance de la competencia atribuida a los Tribunales y además determina el marco legal en que pueden suscitarse las controversias que deberán ser dirimidas a través del sistema de solución previsto en el Protocolo.

FORO OPCIONAL

Otro de los logros trascendentes del Protocolo de Olivos ha sido la introducción de una importante innovación, respecto de los posibles conflictos de foro que puedan presentarse, ante la diversidad de sistemas de los cuales pueden ser parte individual o colectivamente los Estados Partes.

En tal sentido, se ha previsto una instancia opcional a favor del demandante de recurrir a otro foro igualmente obligatorio para las partes en conflicto, evitando de este modo interferir en la potestad de recurrir a otros órganos que puedan dirimir la misma controversia y no coartar derechos ya acordados respecto a instancias jurídicas.

El artículo primero en su inciso segundo, por dicha circunstancia prevé la opción del demandante de recurrir a otros sistemas de los cuales sean parte individualmente los Estados Partes, como el sistema de la Organización Mundial de Comercio “OMC”. También las partes en la controversia podrán convenir de común acuerdo el foro.

Las instancias posibles son por consiguiente las previstas en el Protocolo de Olivos, la de opción de la parte demandante, otro sistema del cual sean parte individualmente los Estados Partes de la controversia, y el foro de opción de las partes, conviniendo el foro en el cual se deberá resolver la controversia. Se ha atribuido competencia al GMC para establecer las reglas de opción.

MECANISMOS RELATIVOS A ASPECTOS TECNICOS EN EL NUEVO SISTEMA

Como un modo de agilizar el procedimiento sobre cuestiones netamente técnicas de interés para los Estados Partes, cuya solución requiere una es-

pecialización específica, se ha previsto en el artículo segundo la posibilidad de utilizar mecanismos breves y especiales, referidos a aspectos técnicos ya regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes.

No se establece un mecanismo específico, con lo cual las Partes pueden proponer al Consejo del Mercado Común el sistema que consideren adecuado, sus reglas y definir qué alcance tendrá el pronunciamiento, que los aprobará o definirá por medio de una Decisión (Art. 2° inc 2). Se busca de este modo que aspectos controvertidos pero de naturaleza técnica, en el cual están involucrados intereses comunes a todos los Estados Partes, sean resueltos de una manera ágil, evitando el procedimiento arbitral más largo y oneroso.

Se percibe del texto aprobado la inquietud manifestada en el GAN del interés por fórmulas alternativas y también de medidas prácticas que permitan resolver cuestiones de urgencia, tal cual se desprende del Art. 24 al establecer que podrán ser adoptadas medidas excepcionales y de urgencia por el Consejo del Mercado Común, con lo que la versatilidad del instrumento actual es evidente, aún cuando pudiera de ello derivar inicialmente alguna confusión respecto de la aplicación del Protocolo.

OPINIONES CONSULTIVAS, UNA INNOVACION IMPORTANTE

La competencia consultiva es atribuida al **Tribunal Permanente de Revisión "TPR"**, a la que se otorga potestad de evacuar opiniones consultivas (14), constituye una gran innovación del sistema de solución de controversias en el Mercosur, fue introducida por los proyectos presentados por Paraguay y Uruguay en el Grupo de Ato Nivel "GAN", al cual se atribuyó el estudio de la reformulación del Protocolo de Brasilia.

El proyecto uruguayo contemplaba una serie detallada de consultas que podían ser realizadas, lo que suscitó discusiones de alto contenido doctrinal, tendientes a definir el alcance de las consultas y los efectos de la mismas, es decir si las mismas podían ser consideradas vinculantes o no, y también si se referían exclusivamente a consultas netamente técnicas o también abarcarían consultas precontroversiales si se podrían incluir hechos específicos o eran consultas de carácter general.

14) Artículo 3: Régimen de solicitud. El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos.

Existió siempre coincidencia en la importancia que estas "opiniones" consultivas tienen en la prevención de controversias o la corrección de errores de aplicación o interpretación normativa en procesos de integración, pero existía el fundado temor de los efectos que podrían tener si eran definidas como vinculantes antes de alcanzar una etapa más avanzada en el proceso de integración y del perfeccionamiento del órgano hacia un sistema de tipo jurisdiccional.

Las opiniones consultivas, por tanto, se constituyen en una de las innovaciones más importantes que se produce en el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR a través del Protocolo de Olivos, el de las opiniones consultivas es uno de los de mayor relevancia, porque una vez reglamentado y puesto en funcionamiento, servirá como un instrumento fundamental para armonizar la interpretación del Derecho en que se sustenta la estructura jurídica del proceso de integración.

Esta novedosa competencia otorgada al Tribunal Permanente de Revisión está supeditada a la reglamentación que como facultad es otorgada al Consejo del Mercado Común "CMC" de acuerdo al artículo 3° del Protocolo de Olivos, al disponer que este órgano "podrá" establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas, al cual compete además definir su alcance y el procedimiento para las consultas".

Por medio del Protocolo se atribuye al CMC el rol de órgano integrador del marco normativo para la solución de las controversias; se fortalece extraordinariamente la condición que ya detenta de órgano con capacidad decisoria a órgano con capacidad reglamentaria en un campo que permitirá la consolidación del orden jurídico del MERCOSUR y la interpretación armónica del derecho de la integración en este espacio integrado.

Establecida la posibilidad de las opiniones consultivas por el sistema intergubernamental en que se basa el proceso de integración, los Estados Partes al Consejo del Mercado Común extienden como competencia delegada, en primer lugar, que éste órgano resuelva implantar el procedimiento consultivo; en segundo, el alcance y modalidad del procedimiento de consulta, lo que significa un margen amplio de autonomía y de apreciación de las condiciones bajo las cuales se podrá requerir una opinión consultiva en el MERCOSUR.

Son en realidad diversos aspectos los que quedan supeditados a interpretación partiendo del artículo 3° del Protocolo de Olivos, dado que no de-

termina el alcance que tendrán las opiniones consultivas que pueden ser requeridas, si será exclusivamente normativo o aplicado al hecho concreto, o en cuanto a los sujetos que pueden reclamar sean formuladas las opiniones consultivas, tampoco determina el procedimiento a seguir para la formulación de la consulta.

En síntesis, el Protocolo de Olivos en relación a este punto sólo faculta al Consejo del Mercado Común a establecer los mecanismos relativos a las opiniones consultivas, definir su alcance y el procedimiento, pero no brinda pautas concretas para dicho efecto. El Protocolo determina, sin embargo, cuál es el órgano que deberá evacuarlo, en este caso el denominado Tribunal Permanente de Revisión. Dejando a criterio del CMC determinar si las opiniones consultivas eran facultativas de los Estados Partes y si esta labor será considerada interpretativa o integradora de la norma. Olivos tampoco define específicamente si la interpretación será de oficio o a pedido de parte, así como respecto de la obligatoriedad de la interpretación.

LAS INNOVACIONES EN LAS ETAPAS PREARBITRALES

La negociación de las diversas posiciones tendientes a lograr un avance en la formulación del sistema de solución de controversias, consideró en todo momento la necesidad de acortar el procedimiento y los plazos, por dicho motivo se dispuso en el Protocolo de Olivos prescindir de la instancia obligatoria ante el GMC, pasando directamente de las negociaciones directas a la etapa propiamente arbitral.

No obstante, ha quedado la posibilidad de intervención del GMC antes de entrar en la etapa arbitral, considerando que muchas veces las controversias podrían ser resueltas, antes de llegar a la etapa contenciosa arbitral y que los Estados involucrados en la controversia podrían optar por este procedimiento.

Como todo procedimiento de naturaleza arbitral, el artículo cuarto del Protocolo de Olivos prevé la negociación directa, como instancia fundamental: “Los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas”.

En general los plazos son flexibilizados, en cuanto a que las partes pueden ponerse de acuerdo para extenderlo más allá de los quince días previstos para estas negociaciones, a partir de la fecha en que una de las partes comuni-

có a la otra la decisión de iniciar la controversia (15). Se mantiene la obligación de informar al Grupo Mercado Común a través de la SAM, sobre las gestiones así como los resultados obtenidos.

EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION "TPR"

La innovación más importante del Protocolo de Olivos ha sido establecer un **Tribunal Permanente de Revisión "TPR"**, figura atípica que conjuga las dos pretensiones latentes en el seno del Grupo de Alto Nivel, el de establecer como sistema de solución de controversias un órgano de mayor permanencia, frente a la intención de mantener el sistema de tipo arbitral.

Curiosamente, por las particularidades que ofrece, es al mismo tiempo un Tribunal de Apelación y un órgano al cual las partes de común acuerdo pueden acudir directamente, obviando toda la etapa de constitución de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, excede por tanto la calificación dada por el Protocolo de Olivos de ser un Tribunal de Revisión.

El Protocolo ha previsto el acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión, cuando las partes en una controversia, culminado el procedimiento de negociación directa e intervención del GMC, resuelven acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc (16). En este supuesto los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada.

Como Tribunal de Revisión el Protocolo dispone que cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión al Tribunal Permanente de Revisión contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc en un plazo no superior a quince días a partir de la notificación del mismo, en cuyo caso se convierte en Tribunal de Alzada garantizando mayor juridicidad.

El recurso estará limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del

---

15) Artículo 5 del PO "Procedimiento y plazo".

16) Se regirán, en lo pertinente, por los artículos 9, 12, 13, 14, 15 y 16 del Protocolo de Olivos.

Tribunal Arbitral Ad Hoc, por lo que no puede hacer, en principio, consideraciones sobre las cuestiones de hecho, a lo que difícilmente de todas manera podrá escapar por la naturaleza de las controversias. La otra limitación importante es que cuando los laudos de los Tribunales Ad Hoc han sido dictados en base a los principios ***ex aequo et bono*** no serán susceptibles del recurso de revisión.

El TPR es en realidad, de acuerdo al sistema del Protocolo de Olivos, un órgano que convive con el actual sistema del Protocolo de Brasilia, por cuanto en el Protocolo de Olivos subsisten los Tribunales Ad Hoc, salvo acuerdo de las partes de someter la cuestión directamente al Tribunal Permanente, cuya sede ha sido definida en el propio protocolo: será en la Ciudad de Asunción.

CONCLUSION

Podemos afirmar que el Protocolo de Olivos constituye algo más que un perfeccionamiento del sistema, es un instrumento innovador porque crea instituciones nuevas, resuelve también varias de las cuestiones pendientes con el Protocolo de Brasilia y abre las puertas a las opiniones consultivas, lo que permitirá una vez implementado afirmar el derecho del Mercosur.

Podemos apuntar como positiva la agilización de los trámites, simplifica los procedimientos y acorta los plazos. Resta como déficit la intervención directa de los particulares, no obstante el Protocolo de Olivos permite afirmar que el proceso de integración busca encontrar los mecanismos que paulatinamente den certeza jurídica y celeridad, con lo que el proceso de integración se irá consolidando.

APLICACION DE LAS NORMAS DEL MERCOSUR POR LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS NACIONALES (*)

Por Inés Martínez Valinotti (*)

I. REGLAS ESTABLECIDAS SOBRE LA INCORPORACION DE LA NORMATIVA MERCOSUR

En primer lugar, nos referiremos a las reglas que se fueron estableciendo con relación a la incorporación de la normativa a los ordenamientos internos de los Estados Partes del MERCOSUR; reglas dictadas con miras al cumplimiento de los propósitos del MERCOSUR; propósitos para los que se requiere que los países que lo integran incorporen a sus legislaciones las normas que van siendo emitidas por los órganos creados para el efecto.

En tal sentido, ya en el Protocolo de Ouro Preto, sobre la **"Aplicación interna de las Normas Emanadas de los Organos del MERCOSUR"** se establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar "todas las **medidas necesarias** para asegurar en los respectivos territorios el cumplimiento de las Decisiones, Resoluciones y Directivas".

El Protocolo, asimismo, instituye un mecanismo para garantizar la **vigencia simultánea de la normativa:**

---

*) Conferencia pronunciada en el I Encuentro de Presidentes de las Cortes Supremas de los Estados Partes del MERCOSUR, Montevideo, octubre, 2003.

**) Profesora de Derecho Internacional Público y Privado y de Derecho Aeronáutico, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNA. Asesora en Derecho de la Integración del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Aprobada la norma, y una vez incorporada a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa comunicará este hecho a cada Estado Parte, y treinta días después de notificadas las Partes por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR de las correspondientes incorporaciones, la norma entra en vigencia **en forma simultánea.**

En el artículo 42 del Protocolo se reitera el **carácter obligatorio** de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR y se refiere a la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante el dictado de las correspondientes normas por el poder competente en cada Estado.

Cabe recordar que en el año 1993, el Grupo Mercado Común encomendó a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR una actualización trimestral de la información al mismo, sobre la **aplicación de las Decisiones y Resoluciones en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes**.

Asimismo, y para el cumplimiento de dicho relevamiento trimestral dispuso el Grupo Mercado Común por Resolución 20 del mismo año, que los Subgrupos de Trabajo provean de esa información **sobre las Decisiones y Resoluciones de los temas de cada Subgrupo,** como también informen sobre las medidas adoptadas para su aplicación en los órdenes jurídicos internos (1).

Por otra parte, y a fin de reforzar dichas determinaciones, se acordó (por Resolución No. 91/ 93) que en la normativa MERCOSUR cuando corresponda, **se identifiquen las autoridades encargadas de adoptarlas o asegurar su incorporación y que deben contener** la fecha de entrada en vigor.

En noviembre de 1995, en el Grupo Mercado Común, en la XIX Reunión celebrada en Montevideo, se acordó que el i**nforme** de la Secretaría Administrativa presentado en dicha ocasión, fuera **revisado** por los Estados Partes para que a su vez informen **sobre los motivos de no incorporación** de muchas de ellas y las medidas que adoptarían para resolver la cuestión.

Ya en 1996, una nueva Resolución del Grupo Mercado Común, la 152/ 96, manifiesta que los Estados Partes se comprometen a **tomar todas las medidas necesarias** para la efectiva incorporación de los Reglamentos Técnicos MERCOSUR, y que al ser aprobado a nivel MERCOSUR un Reglamento Técnico, cada Estado debe darle el tratamiento interno pertinente para

1) Boletín Oficial del MERCOSUR, 2003

su **incorporación al ordenamiento jurídico local en un plazo de 180** días desde la fecha de la Resolución correspondiente del Grupo Mercado Común.

Si conforme al sistema jurídico de un Estado Parte el Reglamento Técnico del MERCOSUR necesitara un procedimiento especial de incorporación, como un **tratamiento parlamentario**, dicha circunstancia debía ser **comunicada** al Grupo Mercado Común, por el SGT No. 3, al que la correspondiente coordinación nacional debía a su vez informar.

I. 1. SOLICITUD A LA COMISION PARLAMENTARIA CONJUNTA

En el afán de mejorar la situación de no internalización de la normativa, en la XXX Reunión del GMC realizada el 22 de junio de 1998 en Buenos Aires, se resuelve que "los Estados Partes **realizaran los máximos esfuerzos antes de la XXXI Reunión ordinaria del GMC,** de la normativa no incorporada hasta la fecha; y solicitar a la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR que arbitre los medios para que los respectivos Parlamentos den prioridad al estudio de los proyectos relacionados con la normativa MERCOSUR, y que requieran incorporación por la vía legislativa.

En la misma fecha, por Resolución 23/98 del GMC se estableció un procedimiento **para asegurar anticipadamente** la incorporación de las normas proyectadas por los Estados Partes.

Efectivamente, todos los proyectos de Decisiones y Resoluciones debían ser sometidos a las respectivas Secciones Nacionales del GMC con una anticipación **de diez días** a la Reunión Técnica Preparatoria a efectos de permitir el análisis interno de la norma y de los trámites necesarios para su incorporación (2).

La misma Resolución establecía **igual procedimiento para las Directivas** de la Comisión de Comercio.

Los proyectos de normativa MERCOSUR a ser aprobados por el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio, debían indicar el **plazo** en que sería **implementada dicha incorporación** a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, plazo contado a partir de la fecha en que la norma fuera aprobada por el órgano pertinente.

2) Klor, Adriana D. de, MERCOSUR-Unión Europea, comp., Roberto Ruiz Díaz Labrano, Intercontinental Editora, Asunción, 2001.

Asimismo, la referida Resolución determinó que los proyectos de Decisiones, Resoluciones y Directivas, que se sometan a los órganos con capacidad decisoria, indicarán –cuando sea posible- para cada Estado Parte las **autoridades involucradas** en la adopción del acto correspondiente para su incorporación y la naturaleza que debe revestir ese acto.

En ocasión del "Relanzamiento del MERCOSUR", el Consejo del Mercado Común (Res. 23/00) establece que cuando las Partes suscriban instrumentos que necesiten ratificación y depósito, **se regirá la vigencia** conforme a lo que cada **instrumento establezca,** y ajustado a los principios consagrados en el Derecho Internacional.

Establece además la posibilidad de incluir fechas o plazos para las correspondientes incorporaciones, siendo los mismos de cumplimiento **obligatorio.**

Sin embargo, no se considera la vigencia automática de las normas que requieran un plazo o término determinado para la vigencia, transcurrido el mismo. Las normas, por lo tanto, a **pesar de ser obligatorias,** no tienen efecto **directo** o de aplicación o **vigencia automática** dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales.

II. ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE INCORPORACION

Después de dos años de la aprobación de la Decisión 23/00, se aprobó una nueva Decisión (20/02) sobre el "Perfeccionamiento del sistema de incorporación de la normativa MERCOSUR al ordenamiento jurídico de los Estados Partes".

Mediante esta Decisión se otorga a los Estados Partes -con respecto a un proyecto de norma ya consensuado en uno de los órganos- **un plazo no mayor de 60 (sesenta)** días para analizar y confirmar su conveniencia técnica y jurídica y establecer los procedimientos y el plazo necesario para su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos.

Esta Decisión, además establece que una vez concluidas las consultas internas y consensuada la **versión final** del proyecto de norma, el texto será elevado al **órgano decisorio** pertinente, indicando cuáles son las autoridades internas de los Estados Partes con competencia en la materia regulada, y los procedimientos y plazos necesarios para su aprobación.

El proyecto de norma será formalmente adoptado como tal, una vez que los **cuatro Estados Partes comuniquen que están en condiciones de proceder a la incorporación de la misma** por medio de actos del Poder Ejecutivo, o de enviarla a la aprobación parlamentaria.

También se prevé en esta Decisión el caso de urgencia de la adopción de una norma, como **la uniformidad** mediante la obligación de que a partir del 30 de junio del año en curso, las normas deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes en su texto integral.

Además, **modificaciones a las normas internas** que se consideren necesarias con la finalidad de adecuarlas a las normas MERCOSUR a ser aprobadas.

Finalmente, nuevamente se establece que en los casos de las normas MERCOSUR que requieren ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos por vía de aprobación legislativa, los Estados Partes solicitarán la **colaboración de la Comisión Parlamentaria Conjunta.**

Con esta revista al tratamiento dado a la normativa, se ha demostrado que se han venido **permanentemente** dictando reglas referentes al procedimiento de internalización de la misma y de los mecanismos que aseguren dicha internalización.

Se ha dicho que "los compromisos derivados de los acuerdos internacionales y de integración no son solamente compromisos indicativos o imperativos éticos. Por el contrario, se trata de obligaciones asumidas por los Estados que no dejan espacio para apartarse de lo signado a través de comportamientos discrecionales decididos unilateralmente" (3).

Sin embargo, los últimos informes nos demuestran que la incorporación no ha seguido precisamente esa obligación asumida por las Partes, y que hay una considerable mora con respecto a la mayoría de los Acuerdos suscritos.

Precisamente, en el **Primer Encuentro de Poderes Legislativos** del bloque, recientemente realizado en Montevideo, la Ministra Cristina Boldorini, Directora de Asuntos Institucionales del MERCOSUR de la Cancillería

3) Peña, Félix, en Adriana D. de Klor, Op. cit.

argentina se ha referido a las numerosas normas que no han sido incorporadas por los Estados Partes del Mercosur.

Efectivamente, según el informe de la Secretaría del MERCOSUR, sobre el GRADO DE INCORPORACION DE LAS NORMAS MERCOSUR POR LOS ESTADOS PARTES, entre los años 1991 a 2003, se han aprobado 1417 normas, de las cuales necesitan incorporación unas 1104.

De dicho número, quedan por incorporar por los cuatro Estados Partes, un 53 por ciento.

En ese período de más de una década se han aprobado 300 Decisiones del Consejo de Mercado Común, de las cuales deben incorporarse 220; por lo que, el promedio de no incorporación por los cuatro Estados Partes es de un 45 por ciento.

Respecto a las Resoluciones del Grupo Mercado Común, se han aprobado 980 normas, de las cuales 776 necesitan incorporación, con un índice de no incorporación por los cuatro Estados Partes de un 55 por ciento.

En lo que se refiere a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, fueron aprobadas 137 de ellas entre 1994 a junio de 2003. El promedio de no incorporación de Directivas asciende a un 38 por ciento.

III. APLICACION DIRECTA DE LA NORMATIVA MERCOSUR A LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS DE LOS ESTADOS PARTES

Precisamente, y ante el importante plexo normativo, y las dificultades para su efectividad, la Argentina ha presentado el "**Proyecto de Protocolo sobre la Vigencia de la Normativa MERCOSUR".**

En tal sentido, el Consejo del Mercado Común, considerando la necesidad de acompañar la etapa actual del MERCOSUR con desarrollos jurídicos que permitan la profundización del proceso de integración en beneficio de los Estados Partes y los particulares; y la importancia que reviste la pronta aplicación de la normativa aprobada por los órganos cuatripartitos en los Estados Partes y con miras al establecimiento de un mecanismo ágil para alcanzar dicho objetivo, ha instruido al GMC para que por intermedio del SGT2, "Asuntos Institucionales" elabore **un análisis sobre la aplicación directa** en

los ordenamientos jurídicos nacionales de la normativa MERCOSUR **que no requiera tratamiento legislativo** en los Estados Partes, lo que constituye una novedad en el sistema.

Tal es así que el SGT No. 2, con la Reunión Técnica sobre incorporación de la normativa, se encuentra elaborando el análisis del tema basado en el referido proyecto argentino.

Se ha acordado al respecto, en primera instancia, examinar los siguientes puntos:

— definición de los conceptos: "vigencia inmediata" y "aplicación directa";

— diferenciación de tratamiento de: a) instrumentos internacionales; b) normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR que requieren aprobación parlamentaria en algunos Estados o en todos los Estados Partes; c) aquellas que no requieran dicho tratamiento;

— forma de recepción de las normas en los ordenamientos nacionales;

— jerarquía y relación de las normas antes mencionadas con las otras normas en vigor en los Estados Partes;

— plazos específicos para la incorporación cuando ellos sean necesarios;

— efectos de la comunicación de las normas;

— efectos de la publicación de las normas en los diarios oficiales y en el Boletín Oficial del MERCOSUR;

— forma de instrumentación del tema por la vía de la modificación del Protocolo de Ouro Preto u otra.

IV. APLICACION DE LA NORMATIVA POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

En cuanto a la aplicación de la normativa por las autoridades judiciales de los Estados Partes, se podría decir que hasta ahora no hay mayor claridad sobre el tema.

No existen disposiciones expresas que se refieran a la obligatoriedad para los Tribunales internos de la aplicación de la normativa MERCOSUR.

Sin embargo, debe considerarse que una vez internalizada la norma y forme parte del derecho nacional, los jueces están obligados a aplicarlas, y rigen al integrar ese derecho nacional.

En la Argentina, es recordado el famoso caso conocido como "Café La Virginia", que fue planteado ante tribunales argentinos, en base a la violación de un tratado de integración entre el Brasil y la Argentina, que fue resuelto estableciendo la Corte que una norma interna no podía transgredir un tratado, y que ello constituía un incumplimiento de una obligación internacional, violando el principio de la supremacía de un acuerdo internacional con respecto a leyes internas (4).

Por otra parte, pueden presentarse situaciones en que la norma ya aprobada entre los Estados Partes, **pero no internalizada** por todos, sea aplicada, como recientemente ocurriera con el "Acuerdo para la aplicación de los controles integrados en frontera entre los países del MERCOSUR", denominado "**Acuerdo de Recife".**

Efectivamente, para el funcionamiento del control integrado en Puerto Falcón/San Ignacio de Loyola se suscribió a fines del año 2002 entre Argentina y Paraguay un **Reglamento Operativo** del Area de Control Integrado, designándose a la Administración Nacional de Navegación y Puertos como depositaria de las mercaderías en tránsito; y así se operaba.

Si no se hubiera planteado una acción por una empresa privada, Almacenes Kannonikoff, amparada en la ley que autoriza a dicha firma a construir un complejo portuario y realizar todo tipo de operaciones portuarias, incluyéndose el establecimiento de un control aduanero para las correspondientes fiscalizaciones, tal vez no se hubiera considerado por las autoridades que ni la Argentina ni el Paraguay habían incorporado a sus respectivos ordenamientos jurídicos el Acuerdo de Recife.

Se presentaban dos situaciones: la reglamentación y "aplicación" de un Acuerdo no vigente por una parte, y la discrepancia entre lo establecido en una Ley nacional y lo que establece la norma MERCOSUR.

4) Ruiz Díaz Labrano, Roberto, MERCOSUR, Integración y Derecho, Intercontinental Editora, Asunción, 1998.

Este caso demuestra que la falta de certeza jurídica con respecto a la normativa genera conflictos que finalmente pueden derivar no sólo en procesos judiciales a nivel nacional sino también a nivel MERCOSUR.

V. LAUDOS ARBITRALES Y LA NO INCORPORACION DE LA NORMATIVA MERCOSUR

Efectivamente, la falta de incorporación de la normativa ha generado conflictos y ha sido analizada en procedimientos de Solución de Controversias ante los Tribunales Ad Hoc del MERCOSUR.

Es así que en la Controversia planteada por la República Federativa del Brasil a la República Argentina sobre "**Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes del Brasil"**, se debatía la existencia o no de normas MERCOSUR que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona.

Brasil afirmaba que al existir normas MERCOSUR sobre aplicación de medidas antidumping al comercio intrazona, el tema no estaría librado a la discrecionalidad de las partes.

Por su parte, la Argentina sostenía que la Decisión 18/96, única norma MERCOSUR aplicable al caso, había sido incorporada sólo por Brasil y Paraguay, y que por lo tanto no estaba vigente como un todo.

Entre los considerandos del Tribunal, se analiza el tema de la obligatoriedad y la vigencia simultánea, al establecer el Protocolo de Ouro Preto un sistema por el cual las normas son obligatorias para los Estados Partes del MERCOSUR desde su aprobación, pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todas las Partes cuando todas ellas han dado cumplimiento al procedimiento establecido precisamente por no existir aplicación directa y a fin de garantizar la vigencia simultánea, previniendo una situación caótica de incertidumbre jurídica y de aplicación parcial (5).

Otro caso de análisis con respecto a la incorporación de la normativa se dio en la controversia planteada por la Argentina al Brasil sobre "**Obstáculos**

5) Laudos Arbitrales de los Tribunales Ad Hoc del MERCOSUR, Inés Martínez Valinotti, MRE-BID, Artes Gráficas Zamphirópolos, Asunción, 2003.

al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de Resoluciones GMC, lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR".

La República Argentina, como parte reclamante alegaba que la República Federativa del Brasil incumplía con la obligación de incorporar a su ordenamiento interno la normativa MERCOSUR adoptada cuatripartitamente, en materia de Facilitación del Comercio de Productos Fitosanitarios para el MERCOSUR.

El Tribunal sentenciante entre sus considerandos hace referencia a que "La obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de incumplimiento. Y que en tal sentido la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales "Ad Hoc" del MERCOSUR (refiriéndose al caso anteriormente citado) ha establecido que "dada la naturaleza intergubernamental del MERCOSUR y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido".

También el Tribunal hace referencia a la demora –por el largo tiempo transcurrido desde su aprobación– en la incorporación normativa por parte del Brasil, "lo que obsta a la puesta en funcionamiento del Sistema entre todos los Estados Partes" (6).

VI. CARTA DE OURO PRETO

A propósito del análisis de la aplicación de la normativa debemos recordar la Carta de Ouro Preto, que se suscribiera en el mes de setiembre de 1996, en ocasión del Primer Congreso Internacional de Derecho Comunitario, precisamente entre los Presidentes de Cortes Supremas del MERCOSUR, que han considerado la necesidad de profundizar la integración regional; en aquel entonces quienes recomendaban no sólo la aplicación DIRECTA E INMEDIATA DE LAS NORMAS COMUNITARIAS POR LOS ORGANOS JURISDICCIONALES Y AUTORIDADES NACIONALES, sino además :

6) Laudos Arbitrales de los Tribunales Ad Hoc del MERCOSUR, op. cit.

— La adecuación de las normas constitucionales de los Estados Miembros a fin de que se asegure la supremacía del Derecho Comunitario;

— La incorporación al Tratado de Asunción de una prescripción expresa que consagre la regla de la supremacía del Derecho Comunitario por sobre los Derechos Nacionales; y

— La creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario.

Esta Carta, como se indica más arriba, fue suscrita junto con otros expertos, por los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de Argentina, Uruguay y Paraguay y dos Ministros del Supremo Tribunal Federal del Brasil.

Sin embargo, los órganos del MERCOSUR no la han considerado en ninguna de las discusiones y negociaciones. Ni en las del Subgrupo de Trabajo No. 2, ni en las del Grupo de alto Nivel para el Sistema de Solución de Controversias se ha hecho mención de dicha Declaración.

VII. CONCLUSION

Como hemos observado, mucho camino se ha recorrido con respecto a la normativa aplicable. Hemos señalado que las normas que han sido elaboradas, aprobadas y obligatorias para las Partes, no son siempre incorporadas.

Mucho se ha debatido sobre la transgresión o no del principio "*pacta sunt servanda*" del Derecho de los Tratados, y sobre la inseguridad que tal hecho representa.

En la doctrina se han analizado y comparado las constituciones de los Estados Partes, encontrándose diferencias que dificultan la incorporación de las normas MERCOSUR a la legislación interna de las Partes.

Sabemos que uno de los principios del Derecho Comunitario es la **progresividad**, y que el proceso gradual de la integración, por las dificultades económicas y jurídicas que presentan para los Estados Partes en el momento de su creación, y con el avance del proceso, necesariamente debe llevarnos a la adopción de cambios o modificaciones, y a la adecuación de ser necesario de normas constitucionales que permitan el perfeccionamiento de las instituciones, lo que dará certeza y seguridad jurídica al sistema de integración.

Estimamos que ha llegado el momento de la necesidad de analizar, de hacer un debate realista, –sin perder de vista los aspectos económicos y políticos–, para una efectiva aplicación de la normativa y el encaminamiento a un sistema supranacional ; no tomando precisamente como modelo el europeo, pero si hace falta considerarlo, hagámoslo con las necesarias adecuaciones y ajustes.

Como dijera el jurista uruguayo Durán: “Es de gran utilidad tener en cuenta esa experiencia y esa literatura, más que nada para no tropezar con los mismos errores y beneficiarnos con sus aciertos”.

El carácter de supranacionalidad de las normas del MERCOSUR hará que la legislación interna se someta a las normas de la integración. Sin duda constituirá una cesión de soberanía, pero éste es un efecto que toda integración exige para su afianzamiento (7).

En nuestra opinión, sería sumamente oportuna y especialmente teniendo en cuenta el antecedente citado de la Carta de Ouro Preto, la constitución de un Grupo de Trabajo, que permita reunir a Ministros de las Cortes Supremas de los cuatro Estados para el análisis y el impulso necesarios con respecto a la normativa que pudiera tener aplicación directa, dentro de una gradualidad adecuada y acorde con las situaciones y áreas determinadas. Son los Magistrados, los Tribunales Nacionales, los que en un futuro –tal vez no tan lejano– tendrán un rol importantísimo en la interpretación y aplicación de un ordenamiento jurídico al que tal vez no estén aún familiarizados y sobre el que deberán tener una actualización permanente.

El perfeccionamiento de las instituciones y el establecimiento de reglas claras otorgarán seguridad en las relaciones de nuestros países, ya que sabemos que la certidumbre jurídica es un elemento indispensable para alcanzar los objetivos y la consolidación del Mercado Común del Sur.

7) Sosa, Enrique, en “Armonización Normativa Laboral del MERCOSUR”, Jorge Darío Cristaldo, Editora Litocolor, SRL, Asunción, 2000.

"EL ORIGEN DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA Y LOS ELEMENTOS QUE LA CONSTITUYEN" SEGUN EL CODIGO PENAL PARAGUAYO Y LA JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION CRIMINAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA
- Un Estudio de Derecho Comparado -

Por José Ignacio González Macchi (*)

INTRODUCCION

Para que un hecho sea considerado punible se requiere que la sociedad donde se desarrolla tal hecho previamente lo desvalore, es decir, lo entienda como algo negativo, como algo no querido; convirtiéndolo, a través de su penalización, en una conducta que debe ser prohibida, prevenida y reprimida, si fuere realizada.

Básicamente, las costumbres, la cultura y la historia de los pueblos se han encargado de señalar, con mayor o menor similitud, cuáles son los hechos que las sociedades ven como negativas para la convivencia humana pacífica y armónica.

En los países que adoptan el sistema jurídico europeo-continental, los Códigos Penales, escritos por los legisladores de cada Estado o País, como representantes de la voluntad popular, establecen las condiciones abstractas y

*) Profesor Asistente de Derecho Penal I Parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

las características propias que debe tener la conducta negativa, para ser considerada un crimen. Mientras que en el *common law*, del sistema anglo-sajón, son los jueces, representantes de la sociedad y servidores de la justicia, quienes interpretan cuando la conducta específica de una persona en un caso concreto debe ser reprochada y sancionada ejemplarmente. Cabe, no obstante, hacer notar que existe últimamente una tendencia creciente en los Estados Unidos, para elaborar leyes penales, llamadas "estatutos", en los cuales se establecen las normas generales de aplicación de la Ley, además del catálogo de los hechos punibles. Similar a un Código Penal, según nuestra cultura jurídica.

Generalmente, los hechos punibles (tanto sea en códigos, en estatutos o en los precedentes del *common law*) se castigan por el resultado que producen. Así, podemos apreciar que en el homicidio, el resultado muerte de la víctima es lo desvalorado socialmente; en el hurto, el desapoderamiento de la cosa ajena; en la evasión de impuesto, el dinero que no ha ingresado a las arcas del Estado, etc.

Sin embargo, en una categoría diferente, aunque más limitada, se encuentran aquellas conductas que son cometidas con cierta determinación criminal, pero que, por diversos motivos, el resultado no llega a producirse. Son casos donde una persona intentó matar a otra, pero ésta no murió; o cuando se quería sustraer una cosa ajena, pero no se pudo trasladar la cosa; o cuando se falsean ciertos datos necesarios para conocer el monto del impuesto adeudado, con la intención de no pagar el impuesto debido. Son hechos intentados pero no consumados, en los cuales, la mayoría de los juristas consideran que deben ser castigados con igual gravedad que los hechos consumados debido a la intención criminal inherente en ellos.

Es así que, tanto en el Código Penal Paraguayo, como en los modernos estatutos penales de los Estados Unidos, al igual que en el *common law* que persiste en este país, un hecho es considerado punible cuando el autor realizó actos tendientes a la producción del resultado prohibido por la ley, aunque no haya sido consumado.

El presente ensayo tratará de comparar la forma de aparición del castigo de los actos tentados y el análisis jurídico sobre los elementos que se toman en consideración al juzgar los hechos punibles en grado de tentativa desde el derecho positivo paraguayo y la jurisprudencia en los Estados Unidos de América.

LA TENTATIVA CRIMINAL EN LOS EE. UU.

ORIGENES

Según los estudiosos, el tratamiento de la tentativa es reciente en la historia del *common law*. Por su parte, *Boyce & Perkins* (1), señalan que la noción de la tentativa como un crimen en sí misma llegó relativamente tarde a la jurisprudencia anglo-americana.

En el antiguo *English law*, la regla era que un intento de causar daño no es una ofensa criminal, aunque se encuentren varios antiguos precedentes del siglo XIV basados aparentemente en la máxima latina "*voluntas reputatibur pro ipso"* (la voluntad vale por el hecho).

No obstante, para que la intención sea castigada se requería que existiera por lo menos algún grado de ejecución de un acto determinado, puesto que también era reconocido el aforismo "*voluntas in mente retenta voluntas non est"* (la voluntad retenida en la mente no es voluntad). Además, solo se castigaba la tentativa en aquellos crímenes considerados muy graves.

El origen de la penalización o punibilidad de la tentativa en la Inglaterra de los tiempos modernos se debe a la *Court of Star Chamber*. Fue esta corte la que introdujo la palabra *"attempt"*; sin llegar a desarrollar una teoría general sobre la misma. Al desaparecer esta institución, también se retarda la aparición de nuevos criterios de sanción de hechos intentados. Básicamente, porque otras formas de criminalización de los hechos infructuosos eran preexistentes (*vagrancy:* vagancia; *unlawful assembly:* asociación ilegal; and *going armed:* posesión de arma), o fueron generándose concomitantemente. Como por ejemplo, el desarrollo irreversible del crimen de *aggravated assault* (2): asalto o robo agravado.

Posteriormente, dos casos renombrados en el *common law* de Inglaterra fueron preponderantes en la criminalización de la tentativa:

— En el caso *Rex v. Scofield* en 1784, la Corte argumentó que *"el intento puede convertir un acto, en principio inocente, criminal al final"*.

---

1) Boyce, Ronald N. & Perkins Rollin M. "Cases and materials on Criminal Law and Procedure", Foundation Press, 8th edition, 385, 1999.

2) LaFave, Wayne. "Criminal Law", West, 3rd edition, 536, St. Paul, Minn., 2000.

— Luego, en 1801, la Corte falló el caso *Rex v. Higgins*, siguiendo el precedente marcado con la convicción de que *"todas las ofensas de naturaleza pública, ya sean actos o tentativas, que perjudiquen a la comunidad son justiciables"*.

Estas decisiones fueron igualmente adoptadas en el antiguo *common law* de los Estados Unidos, hasta la aparición de los primeros estatutos en la mayoría de las jurisdicciones estatales.

DEFINICION Y ELEMENTOS

Según **LaFave**, la tentativa criminal es un concepto relativamente reciente en el *common law*, que consiste en: (1) la intención de realizar una acción o de buscar que se produzcan ciertas consecuencias que por ley constituye un crimen; y (2) una acción consecuente con la intención deseada, que va mas allá de la mera preparación (3).

Esta definición doctrinaria se ve sustentada por distintos fallos judiciales al analizar los elementos necesarios para probar la tentativa de un crimen.

En *Moffet v. State*, la Suprema Corte de Nevada en 1980 dijo que para probar la tentativa de un crimen el fiscal debe establecer: (1) la intención de cometer un crimen; (2) la realización de ciertos actos necesarios para la comisión; y (3) fracasar en la consumación de la comisión. (96 Nev. 822, 618 P.2d 1223).

Mientras que en *State v. Robinson*, la Corte de Kansas en 1994, señaló que los elementos esenciales de la tentativa son la intención de cometer el crimen, una acción posterior hacia la perpetración del crimen, y fallar al consumar el crimen. (256 Kan. 133, 883 P.2d 764).

Consideramos que estas definiciones establecidas en los precedentes judiciales citados, son *–prima facie-* correctos; no obstante, nos parece mas acertada la definición del § 21(a) del Código Penal del Estado de California, según el cual la tentativa de cometer un crimen consiste básicamente de dos elementos: a) la intención específica de cometer el crimen, y b) una acción directa pero ineficaz realizada hacia su consumación. Así también lo entendió la Corte de California, cuando en 1997 decidió el caso *People v. Carpenter*. (15 Cal.4th 312, 63 Cal.Rptr.2d 1, 935 P.2d 708).

3) LaFave, Wayne. "Op. cit.", pág. 535.

Esta distinción en dos elementos en lugar de tres, es más realista con el concepto de la tentativa, puesto que el resultado criminal, o mejor, la no consumación del crimen, es totalmente irrelevante para el fundamento del castigo de la tentativa.

Por otra parte, la aparición del Código Penal Modelo en 1962 introduce una marcada influencia en la mayoría de los estatutos de los diferentes Estados. El Código Modelo establece, entre otras consideraciones, criterios definidos para deslindar los actos preparatorios de los actos de tentativa. Utiliza para ello la doctrina del *"subtantial step"* (pasos esenciales), según la cual el autor realiza un acto tendiente a producir el resultado, dentro del curso de la conducta planeada y según las circunstancias que él haya creído presentes. (sección 5.01, [1] [c] del Código Penal Modelo).

Esta formula es notoriamente similar a la Teoría de la Proximidad o de la inmediatez según el plan concreto del autor que fue desarrollado por la escuela dogmática penal alemana; y que por ello es también conocida en la doctrina iberoamericana.

Con la adopción de ciertas normas escritas para la sanción de la tentativa en el régimen penal estadounidense se han generado ciertos criterios de aplicación, que son recolectados por la mayoría de los Estados miembros:

— básicamente, las reglas escritas son aplicables en aquellas jurisdicciones que han derogado los crímenes del *common law*;
— las reglas se aplican en los casos donde existe una específica intención criminal, y excepcionalmente en los casos donde existe una mera "general intent" (intención genérica);
— solamente en casos excepcionales, el castigo relativo a la tentativa se extiende también a la simple preparación del crimen.

LA TENTATIVA EN EL CODIGO PENAL PARAGUAYO.

ORIGEN

Para determinar el origen del castigo de la tentativa en el Derecho Penal Paraguayo debemos remitirnos a las fuentes remotas de los códigos latinoamericanos. El Derecho Penal de Europa continental empezó a edificarse sobre los cimientos del Código de Napoleón de 1810. Según el conocido jurista americano **George P. Fletcher**, "le commencement d'execution", conocido en castellano como "el principio de ejecución" del hecho, fue el concep-

to determinante para definir la tentativa en el artículo 2º de aquel primer estatuto (4).

También se tomó como referencia obligatoria el código para el Reino de Baviera (Bayern) que fue redactado en 1813 por el jurista alemán **Anselm von Feüerbach**.

En España, entre los años 1848 y 1850 se elaboró un Código Penal denominado Código de **Pacheco**, que igualmente fue fuente de inspiración de los modernos estatutos penales de la mayoría de los países sudamericanos que fueron colonizados por los españoles.

En Paraguay, el primer Código Penal fue redactado siguiendo estas fuentes en 1910. Y recientemente, en 1997 el Parlamento modificó sustancialmente el Código derogando el anterior y sancionando el Código vigente, con notoria influencia del Código Penal Alemán. Por ello, la definición de la tentativa sigue la dogmática penal alemana que regula este instituto, distinguiendo la tentativa del mero acto preparatorio (no punible) y castigando tanto el acto frustrado (denominado tentativa acabada) como el acto en que no se haya completado todos los actos necesarios para su consumación (tentativa inacabada). El hecho tentado se castiga por el disvalor o desvalor del acto, sin importar que el resultado no se haya producido.

DEFINICION Y ELEMENTOS

Según el nuevo Código Penal Paraguayo (artículo 26), existe tentativa cuando el autor ejecuta la decisión de realizar un hecho punible mediante actos, que tomando en consideración su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal.

Para entender esta definición hay que aclarar previamente ciertas circunstancias y expresiones utilizadas en la misma.

En primer lugar, se debe establecer el contenido de la conducta penalmente relevante. En el ámbito jurídico-penal, la conducta desarrolla dos aspectos bien definidos:

1. **Aspecto interno**: Que ocurre en la esfera del pensamiento del autor. Comprende a su vez:

4) Fletcher, George P. “Conceptos básicos de Derecho Penal”, Tirant lo blanch, 249, Valencia, 1997.

a. **La anticipación mental del fin u objetivo definido**: Es el proponerse o determinarse un objetivo especifico. También denominado "anticipación bio-cibernética". Por ejemplo, Juan quiere matar a Pedro. El resultado final se "piensa" en tiempo futuro, y la conciencia lo concibe recorriendo el tiempo desde el primer acto hacia adelante, es decir, hacia el final.

b. **Selección de los medios**: A partir del fin propuesto, retrospectivamente, se seleccionan los medios para alcanzar el objetivo deseado. Esta resolución la realiza el autor sobre la base de su saber causal con relación al instrumento más idóneo para alcanzar su objetivo: veneno, cuchillo, agua, lazo, garrote, revólver, etc. Todos estos instrumentos, considerados como factores causales, se le presentan como idóneos para lograr su objetivo, en referencia al conocimiento de la potencialidad causal de estos elementos.

c. **Consideración de otros posibles efectos de la acción**: Una vez propuesto el fin y seleccionados los medios, el modo, el lugar y el tiempo preciso de realización del hecho; y desde ese momento en adelante, el sujeto considera los posibles efectos concomitantes de su acción, en relación a los medios elegidos, la forma y la oportunidad de la utilización.

Sobre la base de estos efectos consecuentes o accesorios a la realización de la conducta tendiente al fin propuesto, el sujeto puede decidirse a realizar el objetivo principal querido, o puede llevarlo a reducir los medios elegidos hasta el momento, o elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos o a dirigir la acción de modo que pueda evitarlos.

Si considerando seguros de producirse otros efectos, concomitantes al efecto principal querido o, si contando con ellos, en vez de abstenerse, se decide a actuar, se dirá que en ambos casos los efectos concomitantes quedan comprendidos también por la voluntad de realización.

2. **Aspecto externo:** Cuando, recorridos los pasos de la fase anterior (establecimiento del fin, elección de medios, consideración de efectos concomitantes), el autor pone en movimiento los medios elegidos, desata el proceso causal, lo desarrolla según el plan establecido en vista del fin deseado, con lo que el resultado es el fin, junto con los efectos concomitantes realizados.

La potencialidad de configuración se hace real sobre el mundo. Así, por ejemplo, en un homicidio por arma de fuego: el apretar el gatillo, prenderse el fulminante, la combustión de la pólvora, la producción de los gases,

la expulsión del proyectil y el avance en el espacio con sus movimientos de rotación y traslación, el impacto en la víctima, la caída y la muerte de esta, todos son fenómenos causales, desatados por el sujeto, configuraciones de la realidad debidas al movimiento de su mano guiada por su voluntad final.

En segundo lugar, la representación del hecho del autor se entiende como el cúmulo de consideraciones que el autor se representó imaginariamente en la ejecución del hecho. Por ejemplo: en el caso de homicidio, el autor decidió matar a otra persona, utilizando cierto instrumento para ello, escogiendo el lugar y la forma donde desarrollar su plan, y previendo las circunstancias concomitantes que pudieran aparecer en el transcurso del mismo. Todas estas elucubraciones corresponden a la representación del hecho contenida en la mente del autor antes y durante el desarrollo de su plan. En la doctrina, esta representación del hecho también es denominado "plan concreto del autor".

En tercer término, debe considerarse que la tentativa es el desarrollo incompleto de un hecho consumado; y como tal, debe ser castigado solo cuando el ejercicio de la acción u omisión estaba dirigido hacia la consumación de un hecho punible. Es en esta parte de la definición donde la regla distingue tres momentos claramente diferentes: la preparación, la tentativa y la consumación.

Esta distinción es significativa puesto que la simple preparación de un hecho no es punible si no lo está precisamente definido en el tipo legal. Y para que sea considerado tentativa, el acto ejercitado debe ser inmediatamente anterior a la consumación del mismo.

Por último, queda aclarar el concepto del término "tipo legal". Es un concepto derivado de la expresión germánica *tatbestand*, traducida al español como "supuesto de hecho", y consiste en la descripción legal de la conducta punible. Por ejemplo: el tipo legal del homicidio está expresado en el artículo 105 del Código Penal donde se castiga al que matara a otro. En ese sentido, el intento de matar a otra persona será castigado como tentativa de homicidio, siempre que el autor (considerando su representación del hecho), haya ejercitado actos inmediatamente anteriores y dirigidos a la consumación de la muerte de la víctima.

Ahora bien, el problema más común radica en la ubicación de tales actos como "inmediatamente anteriores a la consumación". Para ello, la doctrina ha elaborado varias teorías de interpretación y aplicación. La teoría más

aceptada en nuestra jurisprudencia es aquella que hace referencia al "acto productor de la finalidad".

Según esta doctrina, se debe tomar en cuenta el plan concreto del autor (su representación del hecho), y dentro de él, corresponde distinguir aquellos actos que tienen por objetivo obtener el fin del autor y aquellos que tienen por objetivo hacer posible los primeros; en función de ello, sostenemos que el acto de tentativa es el acto que, dentro del plan concreto del autor, haya sido pensado para producir el resultado o finalidad típica, así, dada la acción final de matar, será acto de tentativa el acto de disparar el arma de fuego, o servir comida envenenada a la víctima, etc., son actos que posibilitan el acto que produce la finalidad, por lo tanto, son actos preparatorios.

Sobre la base de lo expuesto precedentemente y en función de lo dispuesto por el artículo 26, somos de la opinión de que hay una tentativa cuando, teniendo en cuenta el plan del autor o su representación del hecho, éste ejecuta el acto que es inmediatamente anterior a la consumación del resultado penalizado por la norma. En el ejemplo del homicidio, la muerte es el hecho consumado y en relación a ese hecho, el momento inmediatamente anterior es el disparo del arma de fuego. Existe tentativa de homicidio si el autor disparó un arma para matar a otra persona, y debe ser castigado aunque no haya producido el resultado querido.

CONCLUSIONES

a) en cuanto al origen:

Hemos visto que tanto en la jurisprudencia anglo-sajona como en la legislación europea-continental se castigan aquellos hechos donde el autor da inicio a la ejecución de ciertas acciones (u omisiones) dentro de un plan previamente concebido para conseguir un resultado determinado, pero que al final, éste no llega a consumarse debido a circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Se dice entonces que estos hechos son realizados en grado de tentativa.

El origen de la sanción de la tentativa de cometer un crimen se debió al pensamiento jurídico de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Tanto en los EE.UU. como en el Paraguay, el pensamiento jurídico occidental fue la principal fuente de nuestras primeras leyes. En el norte, el sistema anglosajón debido a la jurisprudencia inglesa; y en el sur, la corriente europea-continental a través de la colonización española.

En ese sentido, en los EE.UU. se consideran como primeros trazados de una moderna doctrina del "criminal attempt" (tentativa criminal) a los casos juzgados en Inglaterra: Rex v. Scofield (1784) y Rex v. Higgins (1801). Mientras que en Paraguay, las leyes penales españolas (cuya fuente directa era el Napoleón code de 1810) mantuvieron su vigencia hasta 1878 -1910.

Actualmente, la doctrina mas actualizada sobre la tentativa en los EE.UU. se encuentra condensada en el *"Model Penal Code"* de 1962 y en los estatutos estatales que fueron reformados por su influencia. Por su parte, el Paraguay reformó su Código Penal en 1997, con notable similitud al Código Penal Alemán con sus reformas.

b) En relación a la definición y a los elementos que constituyen la tentativa:

Es notoria la influencia del *common law* americano sobre los modernos estatutos; al igual que la influencia de la dogmática alemana y española en la reforma del Código Penal Paraguayo.

Al respecto, se puede verificar que tanto en los EE.UU. como en el Derecho Penal Paraguayo, la tentativa está relacionada con la ejecución de actos, más allá de la mera preparación, dirigidos a la producción de un resultado previamente pensado, y que no llega a consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto.

En ese orden, consideramos que prácticamente no existen diferencias sustanciales en cuanto a los elementos o requisitos de una conducta para constituir una tentativa en la práctica del Derecho Penal de nuestros países. Básicamente se requiere:

(1) una intención específica;
(2) una acción (u omisión) dirigida hacia la realización de esa intención;
(3) que el resultado esperado por la intención específica sea un hecho punible; y
(4) que el resultado no se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

EL SOCIALISMO EN INGLATERRA Y LA SOCIEDAD FABIANA (*)

Por César Antonio Garay (**)

Influida por la tradición liberal progresista de J. Stuart Mill, el radicalismo londinense de fines del siglo XIX, por un lado y la sombra del marxismo de El Capital, aparece en 1883 la *sociedad fabiana*, integrada por un selecto grupo de intelectuales de izquierda como Sidney Webb, Beatrice Potter (o Beatrice Webb), George Bernard Shaw, Annie Besant y Edward Pease. También cabe mencionar a Graham Wallas y H.G. Wells.

El objetivo de los *fabianos era contribuir a la reconstrucción de la sociedad de acuerdo con sus más altas posibilidades morales*.

Su nombre se inspira en el cónsul romano Quinto Fabio Máximo apodado Fabio Cunctator, o el Contemporizador, tal vez debido al método pacífico, gradual y progresivo que eligió como estrategia de acción política.

Bertrand de Jouvenel afirma: "El fabianismo no es una doctrina; es ante todo una atmósfera en la que florecen ideas relacionadas entre sí, sin que nunca lleguen a formar un sistema" (B. de Jouvenel: 341: 1977).

---

*) Continuación de la Revista 2002, pp. 553-569.

**) Profesor de Derechos Humanos, 1ª Cátedra (Jefe de Cátedra) y Profesor Asistente de Técnica Jurídica, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Derecho Civil (Jefatura de Cátedra) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas. Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas; en ambas cátedras por oposición en Concurso de Títulos, Méritos y Aptitudes, Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Ex-Director General de la Academia Diplomática y Consular.

Narra Beatrice Potter (convertida luego en Beatrice Webb) el ambiente de injusticia y crueldad sociales –fruto de la Revolución Industrial– que impulsó la fundación del fabianismo. Dice al respecto lo siguiente: "Durante el período de prosperidad relativa de los decenios de 1850 y 1860, la tradición revolucionaria de los primeros decenios del siglo se había marchitado, ya hacia 1880 no era más que recuerdos románticos contados por los viejos. Nacidos y crecidos en la pobreza y en las enfermedades, los habitantes de los tugurios se habían hundido en la apatía, mientras que los más afortunados que ellos, los que tenían ocupaciones calificadas, se atrincheraban en el sindicalismo por oficio, se les había convertido al nihilismo administrativo de Cobden, Brigth y Bradlaugh".

Confiaban los fabianos en que el aumento de la conciencia moral de la burguesía podía complementar el crecimiento de la conciencia de clase del proletariado.

No eran historicistas en el sentido marxista –los acontecimientos obedecían a una necesaria mecánica de la historia– sino creían en una evolución moral de la humanidad porque estimaban que aún las capas superiores de la sociedad tenían aptitud y opción para ello.

La tradición cristiana protestante gravitaba en la ética de los pensadores ingleses y acicateaba el intelecto de los mismos el evolucionismo darwiniano. Aquella difundida concepción de Darwin de que *no existe modificación que sea seleccionada si no representa algún tipo de mejoramiento o de ventaja,* imbuía el optimismo de los fabianos.

Pero la trascendencia que le damos a la prédica de esta sociedad, apunta a que se convertirían en los precursores del Estado de Bienestar o Welfare State, merced a su táctica de permeation, que apuntó a introducir grandes cambios en el Derecho Administrativo –reminiscencia de Bentham– de modo que el Estado colaborara a mejorar la condición de la sociedad civil.

En efecto, lo que los fabianos pretendían era acrecer las obligaciones sociales del Estado: aumento de la seguridad social, democratización de la enseñanza, derechos de la mujer y el niño, orientación técnica de la enseñanza, programas de empleo estatal para remediar la desocupación, etc.

Creían también que el dirigismo de la política económica daba margen mayor para evitar las injusticias sociales que el régimen de libre mercado y la competitividad económica.

Los teóricos del liberalismo inglés siempre resaltaron que su sistema social nada tenía que ver con la filantropía, empero, sí con la justicia (Hobhouse).

Otra idea substancial del fabianismo era aquella que proclamaba que *la democracia era el único agente capaz de promover el socialismo*.

Aunque despectivamente fue llamado *socialismo administrativo*, el fabianismo influyó en la expansión del municipalismo –como vía de descentralización del poder–, el cooperativismo, la microempresa y tal vez, incluso, en lo que hoy se da en nominar *capitalismo popular*.

Afectó también en la futura ciencia del constitucionalismo social, que es el avance social de lo jurídico–político por medio de la creación de nuevos roles del Estado de Derecho que se vuelve si no Estado benefactor, sí Estado solidario.

No habría que olvidar que el término *solidarismo* fue creado por el radical León Bougeois en 1895, para señalar *la multitud de medidas progresivas* necesarias para promover el desarrollo social y combatir el desamparo y la miseria colectivos.

Por último, diremos que el fabianismo apuesta al perfeccionamiento y eficacia del Estado como promotor de equidad social, lo que lo enfrenta antitéticamente con el marxismo puro, en cuya télesis su extinción es necesaria.

En la configuración del Estado moderno han prestado su concurso ciertas estructuras políticas que con anterioridad fueron desconocidas. Es el caso de los partidos políticos.

Duverger los define como "vastas organizaciones populares que enmarcan a la opinión pública". Por su organización y su forma de institucionalización no cabe confundirlos con las *facciones* que dividían a los Estados antiguos, ni con los comités, ni con los clanes, ni con los clubes, que fragmentaron la composición del poder desde tiempos remotos.

Es cierto que tanto unos como otros han tenido y tienen como objetivo principal la captación del poder. Sin embargo, los partidos políticos modernos poseen una complexión jurídica que no tuvieron ni pretendieron sus predecesores.

"En 1850 –dice Maurice Duverger– ningún país del mundo (con excepción de los Estados Unidos) conocía partidos políticos en el sentido moderno de la palabra: había tendencias de opiniones, clubes populares, asociaciones de pensamiento, grupos parlamentarios, pero no partidos políticos propiamente dichos. En 1950, éstos funcionan en la mayoría de las naciones civilizadas, esforzándose las demás por imitarlas" (M. Duverger: 15: 1974).

Tan preeminente llega a ser su papel que Kelsen afirmaba que la democracia moderna *descansa* (*ba*) *en los partidos políticos*. ¿Ello por qué? En especial, porque las Constituciones reconocen que éstos constituyen las vías de acceso para que el pueblo pueda influir en la formación de la voluntad estatal.

Hoy los partidos políticos presentan desfases porque su capacidad para representar y hacer sentir las aspiraciones de la sociedad pluralista ha menguado debido a la burocratización de sus cuadros en una sociedad de masas.

No obstante, sería erróneo pronosticar su desaparición. Lo que ocurrirá –probablemente– es que se transformarán para adecuarse a las nuevas funciones, incluso dentro de un nuevo contexto constitucional.

Para suplir las insuficiencias –por no decir las falencias– de los partidos políticos han surgido los llamados *grupos de interés* que son agrupaciones de índole sindical, económica, cultural, espiritual, etc., formadas en torno *a intereses particulares comunes* (B. Campos: 196: 1961). Son conocidas como *organizaciones intermedias*.

Estos grupos se posesionan de un papel político, se vuelven protagonistas de la lucha por el poder ejerciendo presión sobre el Estado. Por eso, son también denominados como *grupos de presión*.

Empero, como dice Loewenstein, el pluralismo sólo aparece en las democracias constitucionales. El autoritarismo no lo tolera y el totalitarismo, si no puede uniformar y dominar a los grupos que devienen de él, intentará canalizarlos "en instituciones controladas estatalmente" (Loewenstein: 424: 1983).

Mas, sociólogos y politólogos coinciden que toda sociedad de masas lleva el signo dinamizador y ya inacallable del pluralismo.

Contrariamente a las grandes síntesis que en el siglo pasado diseñó el colectivismo, búsqueda vana de uniformidad y homogeneización artificial del género humano, el siglo XX –luego de amargas experiencias en contrario– se abrió a la eclosión de la diversidad, a la imperiosa necesidad de la vigencia de la diferenciación, de la alteridad como fundamento de la plural condición humana.

La riqueza de matices que fue adquiriendo el derecho constitucional, los avances en la teorización sobre la naturaleza de la legitimación del poder, la distensión ideológica, la reivindicación del derecho de las minorías, el ecumenismo religioso, son –en mucho– aportes del pluralismo.

CONTRIBUCION DEL CONSTITUCIONALISMO AL ESTADO DE DERECHO

El constitucionalismo irrumpe como contribución política al Estado de Derecho mucho después de que se manifestara jurídicamente.

En efecto, la idea de que a todo Estado (o *polis*) correspondía necesariamente una constitución –hoy llamaríamos material– viene de Aristóteles, cuando menos, y sin mucho rigor.

En la Edad Media, la idea seguía gravitando, y cobra particular vigor en la legislación inglesa. La Carta Magna es ya del año 1215. Y el *impeachment* –término rescatado por Juan Corominas del español antiguo como empecer pero con el genio del latín *impedire*– como instituto legal se desarrollará en el conflicto con Eduardo I (1272–1307) e irá haciendo crecer la conciencia jurídica de los anglofonos.

Los denominados Fueros de Tudela dicen “que primero hubo leyes que Reyes”, nos recuerda Javier Valle-Riestra (XVIII: 1988), lo que indica que en Aragón era credo normativo aquello de: *Rex eris si recta facies*.

La llamada división horizontal del poder se remite a Montesquieu quien la propone en su obra principal El espíritu de las leyes (1748), aludiendo a la existencia en “todo Estado de tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil” (Libro XI, Capítulo VI).

Esto fue entendido –dice Rodrigo Borja– como “tres poderes del Estado: el poder legislativo, encargado de dictar el orden jurídico general; el po-

der ejecutivo, responsable de la aplicación de las leyes y de la administración pública; y el poder judicial, que se ocupa en solucionar los conflictos que surgen entre las personas" (Derecho Político y Constitucional 118: 1991).

Mas, es el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), el que vuelve al sistema constitucional perentoriedad política insoslayable al expresar: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución".

A partir de entonces cede el absolutismo y se inicia el derrotero jurídico que transita de la arbitrariedad a la responsabilidad buscando plasmarse en el régimen constitucional. El Derecho es incompatible con la arbitrariedad. Tanto que el Prof. Dr. Aníbal Luis Barbagelata enseña: "El Derecho y la arbitrariedad se oponen como el día y la noche. Por eso se excluyen mutua y absolutamente. Una ligera fisura del Derecho basta, sin duda, para destruir por completo a aquél. Mas, el proceder arbitrario roba al hombre su seguridad, que es el halo que envuelve y protege su libertad" (La Democracia: 48: 1983).

Pese a ello, desde el siglo XVIII, se debió luchar denodada y sangrientamente para imponer esta evidencia.

Kant pensó también en la separación de los poderes o *dignidad de las distintas funciones del Estado*. Los poderes para el pensador alemán deberían ser autónomos e independientes en su *propia esfera*, ejercido por personas distintas y coordinados *en una recíproca subordinación.* Para Kant la ley –propia del legislativo– *tiene un valor universal, expresa la voluntad unitaria del pueblo, donde cada uno decide la misma cosa para todos*.

El decreto –resorte del Ejecutivo– es, por el contrario, un acto particular para particulares. La sentencia –por naturaleza– tiene la calidad de los actos y resoluciones jurisdiccionales.

Hoy –afirma Nicola Matteucci– "la moderna ciencia jurídica, por su parte, parece (no) secundar esta tendencia cuando establece una distinción meramente cuantitativa entre leyes, decretos, sentencias: son todas normas jurídicas que se diferencian sólo jerárquicamente en el ámbito del ordenamiento jurídico" (Diccionario de Política, Tomo I, p. 392: 1985).

Pero al hablar de la contribución del constitucionalismo al Estado de Derecho no se debe ignorar el aporte americano, pues aunque éste no haya

sido sino una acción refleja del pensamiento europeo, tuvo sus peculiaridades insoslayables.

Al referirse a ello dice Germán J. Bidart Campos: "No cabe duda que el fermento ideológico europeo no fue inerte en América, y que la influencia de pensadores como Locke, Montesquieu, Rousseau, Harrington, etc., tuvo gravitación en el bullir de las relaciones entre las colonias inglesas de América septentrional y la metrópoli británica. Pero la Revolución Americana amalgamó también la tradición contractualista propia, el aporte de los religiosos puritanos y el profundo sentido empírico de los anglosajones" (Manual de Historia Política: 240: 1984).

El 4 de julio de 1776, en el Congreso de Filadelfia, los trece Estados rebeldes al imperio británico, declaran su independencia. El texto –redactado por Jefferson– tiene un alto contenido jurídico, filosófico y humanístico.

La Declaración de independencia de los Estados Unidos enunciaba que todos los hombres han sido creados iguales, y dotados por el Creador con derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; los gobiernos han sido instituidos para asegurar esos derechos, derivando su poder del consentimiento de sus gobernados. Por tanto, cuando un gobierno no cumple esos fines, el pueblo tiene el derecho de abolirlo y de instituir uno nuevo. Esto, siempre, fundado en aquellos principios, y organizando sus poderes de una manera eficaz para el logro de la seguridad y la felicidad colectivas.

En 1777 se crea una Confederación, y se redactan los llamados Artículos de la Confederación, en que se pacta "la defensa común, la seguridad de sus libertades y el bienestar recíproco".

Una década después, en 1787, ya terminada la Guerra de la Independencia, se redacta la Constitución de dicho año, proclamándose primer Estado Federal, con gobierno republicano y presidencialista. Se inaugura así la llamada *era del constitucionalismo moderno o clásico.*

Comentando este singularísimo hecho histórico expresa Bidart Campos: "Si la filosofía de la libertad pudo estar en todo caso, incubada modernamente en la ideología de Francia, el derecho a la libertad ha tenido cuna, sin duda, en el constitucionalismo de los Estados Unidos" (Opus cit.: 242: 1984).

Pocos documentos en la historia de la humanidad han ejercido tan benéfica influencia como la Declaración de Filadelfia, a tal extremo que al de-

cir del Profesor Edward S. Corwin se ha convertido en la *conciencia norteamericana*, constante y clara advertencia a quienes amenacen subvertir los procedimientos democráticos (La Constitución, Edward S. Corwin y J.W. Peltason: 13: 1968).

El aporte doctrinario de las instituciones jurídicas americanas es múltiple y fecundo por cuanto expresan la confluencia y la armonización de muy variadas corrientes ideológicas –si bien marcadamente afines– como el iusnaturalismo, el contractualismo, el democratismo, el liberalismo, el federalismo, etc.

Su constitucionalismo consagra principios que en adelante serán consustanciales al Estado de Derecho: la soberanía popular, la constitución escrita, la supremacía de la ley, división de los poderes, la libertad como principio inamovible. Muchos estudiosos atribuyen al *teísmo* la magnanimidad de los postulados ético–políticos del *credo norteamericano.*

EL GARANTISMO COMO APORTE DOCTRINARIO

Al margen de la consagración revolucionaria de los derechos humanos, propia de la Revolución de 1789, hubo otros aspectos doctrinarios que enriquecieron la cosmovisión jurídica que estaba construyendo el constitucionalismo.

El garantismo fue postulado por Benjamín Constant, quien reclamó *la exigencia de tutelar, en el plano constitucional, los derechos fundamentales del individuo,* lo que implicaba que se consideraban intangibles: la libertad personal, la libertad de imprenta, la libertad religiosa y la inviolabilidad de la propiedad privada.

En la organización del Estado se garantizaban la libertad política, los límites jurídicos del ejercicio del poder y una *esfera de autonomía* individual que el Estado no podía violar, en ningún caso.

El *Cours de politique constitutionnell* (1818-1820) de Constant, tuvo gran influencia porque remarcó que ni en los sistemas representativos –donde hay soberanía delegada– los que están investidos de la soberanía pueden disponer *soberanamente* de la existencia de los individuos.

LA IDEA DEL RECHTSTAAT

Nace en Prusia hacia 1700 y –como ideal– busca crear conciencia sobre la imparcialidad del poder y la aspiración al logro de la certeza de la ley.

Por ello conciben que el soberano no es el rey ni tampoco el pueblo, sino sólo y únicamente, El Estado que *los sintetiza y los supera*.

Como –todos son servidores del Estado– los ciudadanos, esto es, los individuos no le pueden oponer sus propios derechos originarios pues la soberanía del Estado no conoce límites, frente a esta preocupante realidad surge Jellinek quien propugna en 1892, la revaloración de los derechos individuales aunque no sean éstos sino meras autolimitaciones del poder estatal.

Fruto del positivismo jurídico –místico respeto por la ley, que es concebida en términos voluntaristas– el derecho, aunque reducido a fuerza, permite la fecunda antítesis entre el poder y los derechos individuales.

EL RULE OF LAW

El sistema inglés –al que ya hemos aludido de paso– tiene por característica *primordial subordinar el gobierno al Derecho*.

Los teóricos ingleses se resisten a la idea del Estado y se remiten a una entidad menos abstracta: el gobierno (Matteucci: passim: 1985).

Rica es la tradición jurídica inglesa que tiene su base en el *common law* y alcanza incluso preeminencia sobre la producción legislativo-parlamentaria, dado que en el juzgamiento de los casos contenciosos priva la jurisprudencia, como también cuando se trata de discernir sobre la legalidad o no de las leyes.

El rol preponderante que los ingleses han otorgado a la justicia o Poder Judicial –en trámites como la casación o inconstitucionalidad o inaplicabilidad de las leyes– ha gravitado en el fortalecimiento del poder jurisdiccional de la mayoría de los países de occidente.

A todo esto alude Matteucci al expresar que “las normas constitucionales no son fuente sino consecuencia de los derechos subjetivos de los individuos, como son definidos y garantizados en las cortes judiciales” (396: 1985).

Estas son las vertientes –enumeradas sinópticamente– que desde puntos y épocas dispares han concurrido a crear una filosofía constitucional del Estado sometido al Derecho y han conformado y nutrido las bases de la *ingeniería constitucional* que hoy, en los países civilizados, se encarga de la construcción armónica de esa estructura que racionaliza el poder y que es la Constitución.

ARMATURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Antes de abordar este tema se imponen ciertas precisiones conceptuales.

La mayor parte de los politólogos consideran que si se intentara estudiar el *sistema político*, sería menester que dicho enfoque abarcara *la totalidad de la vida política* de un Estado.

En tanto que quienes (entre ellos M. Jiménez de Parga) optan por referirse al estudio del régimen político apuntan –en esencia– a la determinación de *quién manda, cómo manda y para qué manda* en determinado Estado (Vanossi: 94: 1988).

Todo estudio del *régimen político* intenta o, mejor, se orienta al conocimiento de lo que se llama *realidad política*, que está conformada por un doble orden: a) *el orden constitucional*, y b) *el orden político*.

Lo que nos atañe y concierne es el *orden constitucional* porque a la postre es el que determina –por acción u omisión– el *orden político*. El primero está considerado como un *elemento estático* de la política porque se refiere a los aspectos orgánico–constitucionales. El segundo, es considerado como un *elemento dinámico* pues alude a las fuerzas y a las ideas que conforman el proceso político, que a su vez, es realimentado –mecanismo de *Feedback*– por las tomas de decisiones políticas.

Desde luego que hay interacción entre ambos órdenes y que debemos recurrir al método de la abstracción –separación intelectual– para hacer el estudio particularizado o específico.

Principiaremos por advertir que nos acogeremos (no muy estrictamente) al esquema del profesor Jorge Reinaldo Vanossi (Teoría Constitucional: 1 – 295: 1975) que da la pauta de lo que es o debiera ser un régimen democrático que en su esencia es el Estado Constitucional de Derecho, porque como

ya hemos visto la democracia no es compatible con todas las ideologías sino estrictamente con aquellas que le permiten ser *una auténtica filosofía de la vida* (Barbagelata: 17: 1983), es decir, un sistema que humanice y racionalice el poder, respetando la vida y la dignidad del hombre, que no irrogue la muerte de la libertad de nadie, que reivindique como esencia y desiderata todas las formas de igualdad, que en ningún momento colisione con el derecho ni la legalidad, ni pretenda realizarse sin el fomento irrestricto de la educación.

El Estado de Derecho, pues, comenzará a edificarse –característica primera– desde el instante mismo que se opte por un ordenamiento jurídico-político cuya creación sea producto de la participación de los destinatarios del poder.

El segundo rasgo fundamental será la plasmación del *poder compartido* que se traducirá en una *policracia* (*Poli*: muchos y *Kratos*: poder) que es la típica *estructura pluralista del poder*.

El predominio del elemento consensual suplanta al elemento coercitivo, no porque las leyes carezcan de vigor y fuerza obligatorios sino por el origen participativo de su elaboración.

El régimen de los partidos políticos no puede ser otro que el pluralismo, pero hay que aclarar que este pluralismo ya no se ciñe al esquema rígido de la partidocracia –que sigue existiendo– sino admite la participación de los llamados grupos de interés o presión, u organizaciones intermedias. El disenso es permitido y respetado. Y se lo considera como elemento dinamizador del espectro o composición de fuerzas, la alternancia de los partidos o grupos en el poder.

Es preocupación –por ser causal de legitimidad– que la formación de la voluntad política, ya sea de la sociedad civil como del Estado, se realice en forma abierta y pluralista.

La separación y distribución política de los poderes –herencia del constitucionalismo clásico– debe ser neta y real. Así el *poder de decisión* corresponderá al Legislativo, el *poder de ejecución* al po*der administrador* o *Ejecutivo* y el *poder jurisdiccional o de control*, al Poder Judicial.

La responsabilidad en el Estado de Derecho está determinada, por un lado, por la limitación del poder inscripta en el texto de la ley; y por el otro, los controles que pueden ser de distinta naturaleza.

En tal orden de conceptos encontramos: a) *los políticos* que puedan surgir del poder fiscalizador que la oposición ejerce en el Parlamento; y b) *el control jurisdiccional* que corresponde a los Tribunales ordinarios. Este control se acentúa aún más cuando el Poder Judicial tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Particular y fundamentalmente en su modalidad *erga omnes*.

Hay una tercera forma de control que, si bien no tiene rango institucional, cumple un papel singular –siempre y cuando se desenvuelva en su debido contorno– por su relevancia: el *contralor de la prensa*, que ha pasado a ser la gran fiscalía pública de la democracia.

En este punto debemos consignar que hay una relación simbiótica entre la prensa libre y la formación de la opinión pública, que merced a los canales de comunicación se ha vuelto profundamente participativa.

La integración política es parcial en un Estado de Derecho democrático, primero: por la pluralidad de opiniones que se mantienen en permanente calidad de negociación, composición y recomposición de alianzas; segundo: por la descentralización del poder.

Hoy se habla mucho del Estado social democrático de Derecho y se teme, supersticiosamente, que la nueva denominación incluya funciones que vayan en detrimento del Estado de Derecho clásico.

Ello no es cierto, *in fieri* sólo significa que cuando en un Estado de Derecho *hay mayor poder*, ello aparejará en cadena *mayor control* de dicho poder, y por tanto mayor garantía para los destinatarios del mismo, así como *mayor responsabilidad* para quienes lo detentan.

Ningún Estado que no respete lo que Vanossi llama: *el doble pluralismo de las ideas y los intereses*, puede ser considerado Estado de Derecho y menos todavía con la excelsitud de Social, que nuestra Ley Suprema acogió vasta y generosamente en su Artículo 1.

SITUACION DEMOGRAFICA DEL PARAGUAY. EL CRECIMIENTO DEMOGRAFICO MUNDIAL: La población como recurso, crisis ecológica y crisis de seguridad

Por Manfredo Ramírez Russo (*)

En el siglo XXI, el Paraguay está calificado como uno de los países de menor desarrollo relativo. En el siglo XIX fue víctima del genocidio desatado por la Triple Alianza, bajo la instigación del Imperio, entonces de turno, el Reino Unido de la Gran Bretaña, con la activa e inmisericorde participación del Brasil, la Argentina y el Uruguay. La Guerra Grande – 1864/70 – exterminó gran parte de la población, destruyó las instituciones nacionales conformadas en la época de Francia y de los López, despojó al país de cientos de miles de kilómetros cuadrados de tierras, detuvo el desarrollo del Paraguay, desconoció nuestra identidad nacional y pretendió someter a nuestra nación a la negación de valores de su identidad nacional.

La reconstrucción nacional fue forjada mediante los sobrevivientes de la tragedia genocida desatada por la tríplice. Las mujeres tuvieron un papel preponderante en la reestructuración de la familia y la conservación de los valores, como las creencias cristianas y la lengua guaraní. A comienzos del siglo XX, la República sufrió los efectos de la desorganización social; motines, guerras civiles y la pobreza marcaron con duros rasgos las necesidades del pueblo. Durante el curso de los primeros decenios del siglo XX, - 1932 / 35 - nuestro pueblo dio muestras de su valor y heroísmo al defender la soberanía nacional en el Chaco ante las ambiciones bolivianas alentadas por transnacionales del petróleo. La vida de 30.000 valientes compatriotas fueron

*) Profesor Titular de Sociología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

ofrendadas en defensa del honor y la dignidad de una nación que supo enaltecer el ejemplo del Mariscal Francisco Solano López, cuyo legado honra al Paraguay en cualquiera de los escenarios del mundo.

A pesar de todo, la sociedad nacional tuvo un crecimiento demográfico a partir de la segunda mitad del siglo XX. La característica social de la vida agropecuaria imprimió su sello a nuestra sociedad: el crecimiento poblacional alcanzó un índice de casi 2,8% anual.

La población es un capital humano, que, de ser potenciado, será uno de los ejes, por sobre los recursos de producción, tierra, trabajo y capital. La población como **recurso**, genera un beneficio, que en términos demográficos es conocido como ***"bono demográfico",*** factor que puede motivar un crecimiento poblacional, que habrá que fortalecerlo desde los sectores educativos, sanitarios y alimentarios. Este **bono demográfico** significa un enorme potencial para el desarrollo económico y un importante desafío en términos de demandas sociales, de suerte que habrá que analizar cómo potenciarlo con medidas económicas y sociales, de modo a lograr una población **sana, capacitada y productiva.** El Estado y el sector privado – la sociedad civil – tienen la gran responsabilidad de generar **empleos, priorizando la actividad productiva en relación con la especulación financiera y monetaria**.

El aumento de nuestra población puede significar un serio problema para el Paraguay, porque el aumento de la franja de población del segmento de habitantes comprendidos entre los 15 y 64 años, segmento calificado como **el de la edad económicamente activa**, aunque si seguimos en las condiciones actuales con un índice ***superior al 40% de no activos, éste índice irá creciendo,*** mientras que la población menor de 15 años irá estacionándose, hasta que dejará de crecer.

Nuestro problema demográfico es muy serio, porque, si el Paraguay dilapida su capital humano, aumentará la pobreza, la ignorancia y la falta de salud, y como consecuencia, *la inseguridad social.*

CRECIMIENTO DEMOGRAFICO MUNDIAL, CRISIS ECOLOGICA Y CRISIS DE SEGURIDAD

En la sociedad premoderna los índices de natalidad eran muy altos, aunque el crecimiento de la población mundial fue bajo hasta el siglo XVIII por el equilibrio entre nacimientos y muertes. El crecimiento demográfico iba seguido del aumento de las defunciones motivadas por plagas, epidemias

y guerras. Por ello, puede afirmarse que en el mundo premoderno existía una especie de ***autorregulación demográfica***. Aún así, se observaba un índice creciente de aumento de la población.

Un intelectual como Thomas Malthus, en su "Ensayo sobre el Principio de la Población" (1798), sostuvo que la misma aumentaría en forma exponencial. Esa afirmación se basó en el hecho de la prolongación de la expectativa de vida y el aumento del nivel de vida en la moderna era de la sociedad industrial.

Se advirtió el riesgo del aumento de bocas para alimentar y la disminución de los alimentos en la sociedad industrial, la que había abandonado el modelo agropecuario y veía disminuidos los productos básicos, aquéllos que sustentaban a la economía feudal: el aumento de la población superada por la disminución de los recursos fijos. El flagelo del hambre fue anunciado como consecuencia de dicha situación.

Entre 1800 y 1900 la población mundial aumentó de 1.000 millones a 2.000 mil millones de habitantes. En el siglo XX la población mundial llegó a 6.000 millones de habitantes.

Este proceso se vio afectado por los hechos que caracterizaron al siglo XX, posiblemente el más sangriento de la historia de la humanidad, lo que significó un severo transtorno en el orden del crecimiento de la población. Los grandes progresos científicos fueron utilizados para provocar muertes masivas como las causadas por los bombardeos indiscriminados contra las poblaciones civiles durante la Segunda Guerra Mundial, las necesidades padecidas – hambre - por sectores de la población, las muertes en los campos de concentración, y el inicio de la ***era atómica*** con el lanzamiento - agosto de 1945 - de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki en el Japón, son trágicos ejemplos de esa realidad.

DINAMICA DEL CAMBIO POBLACIONAL

Los países industrializados presentaban índices de crecimiento del orden de 0,5%. En cambio los países en vías de desarrollo llegaban a un índice del orden del 2 al 3% anual, con el 45 al 50% de la población menor de 15 años. Ello implicaba un crecimiento explosivo de la demanda de educación, de atención a la salud, de fuentes de trabajo, de aulas y docentes para el incremento de la educación básica y media; de la formación de artesanos y profesionales, una excelencia de la educación superior, con la activa participación

de la Universidad en el proceso de cambio de la sociedad, mediante una actitud de compromiso para la elaboración de las respuestas sociales, políticas y económicas requeridas.

En las sociedades industrializadas, solo el 25% de la población pertenece al segmento menor de 15 años, y como consecuencia, con un menor listado de necesidades urgentes. No se interprete, sin embargo, que tomamos partido a favor del control artificial de la natalidad, cuando que consideramos conveniente una planificación responsable de la natalidad, especialmente en una sociedad de menor desarrollo relativo.

EL IMPACTO HUMANO EN EL MUNDO NATURAL

Desde que comenzó a practicarse la agricultura, los seres humanos han dejado sus rastros en la naturaleza. La agricultura necesitó alterar la naturaleza, en la medida del crecimiento de la frontera agrícola. Ante la escasez de la población, también era limitada la modificación que afectaba a la naturaleza. La actividad agrícola se desarrollaba de acuerdo a un modelo minifundiario. En la era industrial, se produjo una progresiva migración de la población rural a las proximidades de los centros industriales; comenzaron a aparecer las ciudades y poblaciones urbanas, y disminuyó la producción agrícola.

La pequeña producción agropecuaria resultó insuficiente para atender las necesidades de una población en aumento. El modelo minifundiario debió ser reemplazado por la explotación agropecuaria de grandes extensiones. La tala de árboles permitió la incorporación de grandes extensiones de terreno para el aprovechamiento del mismo. La agricultura mecanizada fue el medio utilizado para una producción cuantitativamente intensiva. También para la actividad pecuaria se debió recurrir al cultivo de pasturas de grandes extensiones para la alimentación del ganado. Todo ello comportó un impacto al mundo natural: desaparición de bosques, severa disminución, cuando, no, exterminio de especies, alteración de las condiciones del medio ambiente, cambios climáticos, etc. Esta observación nos obliga a reflexionar, con el auxilio de técnicos, sobre la defensa del medio ambiente ante proyectos como el de la hidrovía Paraguay – Paraná, en la búsqueda de una salida fluvial al mar. Se han escuchado voces muy autorizadas en oposición a dicho proyecto. La Universidad Nacional, en especial la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, como unidad académica históricamente emblemática de la educación superior, está obligada a emitir un juicio razonable sobre dicho tema. Nuestro análisis se funda en los aspectos sociales del impacto sobre la naturaleza,

necesitamos el auxilio de los técnicos y de los juristas especializados en esta rama del derecho.

En el Paraguay hemos podido observar ese efecto con motivo del crecimiento de la frontera agrícola hacia el este, la construcción de las obras hidroeléctricas sobre el río Paraná, así como la creciente desertificación de grandes zonas del Chaco como consecuencia de la tala de los bosques naturales y su reemplazo por la implantación de pasturas para alimento y engorde del ganado.

Debe destacarse, además, que el Paraguay tiene una de las reservas más importantes de agua dulce de América Latina, como el acuífero guaraní, cuya defensa está a nuestro cargo. Además de las observaciones sobre los aspectos medioambientales de la naturaleza, debemos tomar en consideración el valor geopolítico y estratégico de las fuentes de agua dulce. En siglos anteriores – comienzos del pasado siglo XX – Guerra del Chaco – y hasta a finales de dicha centuria, – Guerra del Golfo y acciones militares contra Iraq –, los conflictos internacionales han sido originados en la necesidad de controlar el petróleo.

La exposición sobre el impacto en la naturaleza nos pudo dar una idea sobre la crisis ecológica causada por los cambios en el medio ambiente y la consiguiente crisis ecológica. Tampoco debe descuidarse el factor de la disponibilidad de agua dulce, como elemento de valor geopolítico: para cuya guarda debiera ser muy oportuno trazar una política nacional mediante el consenso de los diversos sectores de opinión político partidaria.

CRISIS DE SEGURIDAD

La migración de la población rural hacia los centros urbanos, una población - carente de medios, con escaso nivel educativo y sin profesión-, ha generado un segmento humano marginal, el que, para obtener su subsistencia se vale de procedimientos no admitidos por las leyes, ni por las normas de comportamiento aceptadas por la sociedad, creando un ambiente de inseguridad social. En tiempos anteriores, la inseguridad era la característica de los medios rurales, en este tiempo, esa característica se ha trasladado a los medios urbanos .Las ciudades padecen de una inseguridad epidémica.

Sin pretender formular una receta única, consideramos que la mejor defensa de la seguridad podrá encontrarse en una educación que transmita valores y ofrezca oportunidad de formación profesional a las personas, al

mismo tiempo de crear fuentes de trabajo Es importante lograr una población sana, capacitada y productiva, que impida dilapidar el bono demográfico de una población joven.

TENENCIA PREADOPTIVA (*)

Por Marcelino Gauto Bejarano (**)

CONCEPTO

La guarda –también llamada tenencia– preadoptiva es un instituto desarrollado en el derecho especializado del menor, asumiendo diversas modalidades en su sanción legislativa.

Le inspira la idea de la conveniencia de que –antes de la constitución formal del vínculo que establece el otorgamiento de la adopción legal, y la consiguiente adjudicación de la patria potestad– se genere una situación de hecho de recíproca aceptación entre adoptante y adoptado y, también a objeto de que el primero demuestre sus aptitudes reales para el ejercicio de la paternidad pretendida.

La guarda preadoptiva consiste entonces en la tenencia que de hecho debe ser ejercida, por un período de tiempo determinado, previo al otorgamiento legal de la adopción y como requisito para ello, respecto del futuro adoptado por parte de quien pretenda adoptarlo, sin ser atributiva –obviamente– de la patria potestad a favor de éste.

1. JUSTIFICACION DE LA CONDICION

En el párrafo precedente hemos señalado que el instituto de la guarda o tenencia adoptiva previa, por su naturaleza, es considerada como una condición o exigencia que debe acreditarse para el otorgamiento de la adopción de menores.

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Profesor de Derecho Civil (Obligaciones) y de Hecho y Acto Jurídico de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

Debe agregarse, además, que se trata de una condición requerida para el otorgamiento de cualquiera de las clases de adopción, sea simple o plena. Y esto porque el instituto persigue exclusivamente el beneficio del menor sujeto de la adopción: interés o beneficio que media siempre, cualquiera sea la índole del otorgamiento adoptivo, y, que es además el objetivo superior y permanente que inspira a todas las normas del Código del Menor (Arts. 1°, 8° y concordantes) Actualmente Art. 3 del Código de la Niñez y Art. 2 de la Ley de adopción 1136/97.

El propósito esencial del instituto de la tenencia preadoptiva es que el pretendido adoptante –en un tiempo antes del otorgamiento legal- haya asumido con respecto al menor que intenta adoptar, la misma y singular conducta que caracteriza al verdadero padre. Dentro del marco legal específico, consagrado en lo referente por el Código del Menor, se destacan como significativos de ese comportamiento un conjunto de deberes que incluyen el amparo y la protección del menor en el más amplio sentido, es decir, el cuidado de su salud física o moral, su educación, alimentación, vestimenta, trato humano en un hogar, vida familiar adecuada (Arts. 4°, 5°, 6° y 8° del Código del Menor) ver normas vigentes (Arts. 3, 8, 11, 13, 14, 18, 20, 24 CNA).

La condición objeto de este estudio, maduramente analizada, no representa obstáculo alguno para la materialización de las adopciones y, a lo sumo alguna intención de adoptar puede resultar renunciada como efecto del trato recíproco dentro del marco de la convivencia real, por no haberse establecido una afinidad psicológica mínima, por causa de cualquiera de ambos, es decir del adoptante o del adoptado. De ocurrir esto, deberá considerarse como preferible que no se haya formalizado una adopción legal que la realidad de la vida cotidiana pueda –en definitiva- tornar insostenible o, en el mejor de los casos, inconveniente por ausencia de esa compatibilidad. Se estará ante una adopción frustrada en cuanto a su finalidad, que no es otra que el bienestar del menor y que requiere de la formación sólida de auténticos vínculos de afectividad.

La decisión judicial que otorga la adopción, no puede extenderse más allá de la constatación objetiva de los requisitos exigidos por la ley para conferirla (diferencia de edad, solvencia moral y económica, condiciones de salud, situación de abandono u orfandad del menor, etc.) pero, ni con la más celosa afinación que se emplee para la verificación de la concurrencia de tales requisitos, pueden predecirse los hechos de una convivencia futura, ni asegurar que vaya a establecerse un verdadero vínculo de afectividad: “La intervención judicial es garantía de la idoneidad del adoptante, de sus condi-

ciones morales o económicas: de la posibilidad de que el menor en la orfandad o el abandono queda protegido con el ingreso a la nueva familia; es decir, es garantía de lo que existe. Pero ni el mejor juez, y ni siquiera el adoptante más sincero e idóneo pueden hablar del futuro y afirmar que el vínculo afectivo se formará realmente entre las partes idóneas individualmente consideradas.

2. CORTAPISA AL TRAFICO DE MENORES

La ausencia en el Código del Menor vigente de disposiciones claras e inequívocas (Art. 48 del C.M.) con relación a la adopción de menores paraguayos, por parte de extranjeros no domiciliados en el país, es causa del actual auge de la misma. Desde hace algunos años, la prensa, la opinión pública generalizada, y organizaciones gubernamentales y privadas diversas de defensa de la niñez, la mujer y la familia, han exteriorizado su preocupación y su alarma. La propia Corte Suprema de Justicia creyó necesario implementar una reglamentación de emergencia y, llegó incluso a suspender tales adopciones (Acordadas N° 21 y 22 del año 1989).

El periodismo crítico del país alude con frecuencia a verdaderas organizaciones empresariales estructuradas, que trafican y comercian con niños paraguayos, sirviéndose del trámite judicial de la adopción. Se denuncia la existencia de verdaderas redes que llegan incluso a corromper a algunos de los funcionarios que tienen competencia en dichas tramitaciones. En la mayoría de los casos, esas denuncias públicas coinciden en señalar que los engranajes de comercio clandestino se mueven fluidamente mediante grandes inversiones de monedas fuertes. En síntesis, desde hace varios años, la sociedad paraguaya manifiesta su inquietud, y hasta angustia, por esa fuga masiva de niños paraguayos con destino a países del primer mundo. En varias ocasiones, y de modo público, se expresó el temor de que los niños dados en adopción a extranjeros domiciliados en el exterior, pudieran ser destinados al comercio ilícito de órganos.

A pesar de tales inquietudes, y de la alarma generalizada de la opinión pública, no se han sancionado, hasta ahora, leyes que resulten adecuadas para frenar tan repugnante comercio de seres humanos. El Parlamento paraguayo mantiene, inexplicablemente, su deuda a tal respecto.

Las adopciones que actualmente se otorgan, sean a favor de adoptantes nacionales o extranjeros domiciliados en el exterior, por falta de la condición esencial de la tenencia preadoptiva, consideran a los niños como sujetos FUN-

GIBLES, prescindiendo de su identidad propia, de su particular naturaleza de ser una persona humana singular incanjeable por otra de la misma especie. Faltando la tenencia preadoptiva, y obviando por tanto la precedente vinculación psicológica y la necesaria formación de los lazos de afecto que peculiarizan a la relación paterno-filial, que sólo pueden generarse mediante el trato cotidiano y permanente entre los sujetos involucrados, ocurre que actualmente se está –en todos los casos- adoptando un niño, en forma genérica e indeterminada, y no a este niño en especial, inequivalente por su originalidad de persona humana a otro ser de la misma especie. Cuando se adopta a un niño cualquiera, sin atender a la condición de la tenencia preadoptiva, y a la finalidad que con ella se persigue, siempre se está consumando un acto de agresión al respeto fundamental que exige la dignidad del ser humano. Es francamente intolerable que por no exigirse la tenencia preadoptiva, las actuales adopciones que se otorgan respecto de cualquier niño, los sitúen a éstos, dentro de la definición legal de las cosas fungibles: "Son cosas fungibles aquellas en que una cosa equivale a otra de la misma especie, y que pueden sustituirse unas por otros de la misma calidad y en igual cantidad" (Art. 1884 del Código Civil). Tiene algo, o mejor mucho, de barbarie, que violenta la concepción contemporánea que enfatiza el respeto a los derechos humanos.

Mientras nuestra ley no establezca la tenencia preadoptiva como condición esencial para el otorgamiento de las adopciones, de cualquier clase, ellas seguirán siendo masivas e indiscriminadas, sus sujetos –los menores- tratados como cosas fungibles, y por lo mismo, generarán redes de corrupción constituidas para el más miserable de los comercios, es decir, éste que tiene a los niños –las personas humanas más indefensas, por su naturaleza- como mercancía de cambio.

En otros términos, el instituto de la tenencia preadoptiva, en el supuesto de ser incorporado al derecho positivo, servirá para frenar el vertiginoso tráfico de menores que se canaliza por medio del actual y precario sistema legal de la adopción, aparte –desde luego- de las otras razones expuestas como justificativas de la misma.

3. EVOLUCION HISTORICA. LEGISLACION COMPARADA

El Código civil francés, modelo corriente de los modernos, en su versión originaria de 1804, autorizaba la adopción exclusivamente para mayores de edad (Art. 346) y condicionándolo a la prueba de una previa tutela oficiosa ejercida por lo menos seis años durante la minoridad del pretendido en adopción (Art. 364).

En el año 1923, Francia modifica esas normas que regían para la materia de la adopción, extendiéndolas a favor de los menores de edad, y suprimiendo la condición de la previa tutela oficiosa ejercitada durante la minoridad del adoptado.

Por último, la ley N° 66.500 del año 1966 amplió nuevamente el Código francés sobre la materia, estableciendo la exigencia, para el otorgamiento de la adopción plena de menores de quince años, de que éstos hayan sido insertados por los adoptantes en su hogar, por un período mínimo de seis meses anteriores al otorgamiento legal de la adopción.

El Código Civil uruguayo del año 1868 fue modificado en el año 1934, e insertó en el Art. 169 la exigencia, para el otorgamiento legal de la adopción, de que el adoptado haya estado previamente bajo la tenencia efectiva del pretendido adoptante por espacio de dos años. Una ley posterior, dictada en ese país, la 10.674, amplió a tres años el plazo de la tenencia preadoptiva.

El Código Civil portugués del año 1966, en su Art. 1974, establece también la condición de la tenencia preadoptiva, cuya extensión deja librada al criterio judicial, al no establecer un mínimo para ella.

La reforma de 1967 del Código Civil italiano (Art. 314) dispuso que los adoptantes, antes del respectivo otorgamiento legal, deben justificar haber ejercido la custodia preadoptiva del adoptado, por un año; plazo éste incluso prorrogable a criterio judicial.

En Chile, la Ley N° 5343 establecía la acreditación de justos motivos para el otorgamiento de la adopción. En ese mismo país, la posterior Ley N° 16.346, en su Art. 2° dispuso la tenencia adoptiva, a la que denomina “tuición o cuidado personal” por un período previo no inferior a dos años cuando los pretendidos adoptados sean menores de siete años. Respecto de los mayores de siete años, la tenencia preadoptiva debe ser ejercida por un período no inferior a siete años.

En la República Argentina, el Art. 6° de la Ley N° 13.252 del año 1948, consagró la tenencia preadoptiva como condición del otorgamiento legal de la adopción, la que debía ser ejercida por el plazo de dos años. Posteriormente, la Ley N° 19.134, vigente en ese país desde 1971 y hasta el 26 de marzo de 1997 en que se promulgó la Ley Nº 24.779 que incorporó al Código Civil argentino, como Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero, el régimen de la ADOPCION. De acuerdo con esta nueva ley, en el Art. 316 del Código

Civil argentino, que rige en ese país, en lo concerniente a la guarda preadoptiva, se estableció literalmente lo siguiente: "El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge".

El Código del Menor de Bolivia establece igualmente la tenencia preadoptiva (Art. 134), pero la limita a seis meses.

4. JUSTOS MOTIVOS

En la legislación contemporánea, existe también una tendencia que reemplaza la exigencia de la tenencia preadoptiva, por el acreditamiento de JUSTOS MOTIVOS para el otorgamiento y la constatación de que ella represente una ventaja para el menor, siguiendo la orientación del Código francés según la modificación del año 1923, pero anterior a la última reforma de 1966, que retornó nuevamente a la exigencia de la tenencia preadoptiva por un período de tiempo objetivamente determinado.

Han optado por el acreditamiento de la existencia de justos motivos para el otorgamiento legal de la adopción, sustituyendo a la condición de la tenencia preadoptiva, u optando por ella, las legislaciones de Perú, México, Suiza (Código civil, Art. 267) y Venezuela.

El Tercer Congreso Nacional argentino de Derecho Civil, realizado en Córdoba, aconsejó aceptar como regla general el ejercicio de la tenencia previa por un período de tiempo, pero autorizando al mismo tiempo que pueda ser obviada cuando medien "justos motivos, o la adopción fuere conveniente para el menor".

En cuanto a decidir, de modo definitivo, cuál de los dos sistemas es preferible, se ha sostenido que ello dependerá de las circunstancias coyunturales de cada medio social: "Este es un hecho que ha de pesar mucho en el debate doctrinario en torno a las bondades de los dos sistemas, ya que un país que probó ambos sistemas durante largo tiempo, debido a la experiencia recogida ha preferido volver a imponer un requisito objetivo, para asegurar la existencia de los recaudos afectivos y espirituales de la relación adoptiva" .

En la situación crítica, coyuntura actual de nuestro país, motivada por la comercialización y tráfico ilícito, canalizado por medio de las adopciones masivas y crecientes de niños paraguayos a favor de adoptantes extranjeros domiciliados en el exterior, la tenencia preadoptiva ejercida durante un plazo objetivamente establecido, constituirá la disposición adecuada que ponga freno a esas prácticas que desvirtúan la finalidad, indudablemente noble y moral, del instituto de menores.

5. PROPUESTA DE MODIFICACION DEL CODIGO DEL MENOR

En la primera versión de este trabajo, publicada en el año 1993 (Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, págs. 117/123) habíamos hecho la siguiente recomendación: "La conclusión a la que conduce el estudio precedente, no puede ser otra que la de recomendar la modificación del Código del Menor hoy vigente en la República del Paraguay, en el sentido de insertar, en el Título III, Capítulo I., entre las disposiciones generales de la adopción (Libro I), la norma que establezca la tenencia preadoptiva como condición esencial para el otorgamiento de cualquier clase de adopción, a excepción –claro está- de las que se confieren con relación a los propios hijos extramatrimoniales del o los adoptantes, o del hijo de uno de los cónyuges, dado que en estos supuestos lógicamente no cabe exigir la prueba de la existente de identificación psicológica o de la formación de los lazos de afectividad entre adoptado y adoptantes, estando ellos dados por la propia naturaleza. La disposición que se propone insertar, mediante la modificación que se recomienda del Código del Menor, puede estar concebida en los siguientes términos: "El adoptante deberá haber tenido al menor que pretende adoptar bajo su tenencia por un período ininterrumpido no inferior a un año. Esta condición no se requiere cuando se adopta al hijo o hijos extramatrimoniales del adoptante, o al hijo o hijos de su cónyuge".

La recomendación precedente, la volvemos a formular ahora, al constatar que la Ley de Adopciones, actualmente vigente en nuestro país, Nº 1136/97, consagra una guarda provisoria con, a nuestro juicio, muy precaria extensión, es decir "...por un periodo no menor de treinta días...". Los Arts. 43 y 44 de la aludida ley paraguaya de adopciones reglan concretamente sobre esa guarda provisoria como requisito final para que se otorgue la adopción.

En el mencionado Art. 44 también se le denomina a la guarda provisoria como periodo de convivencia, durante cuyo transcurso el Departamento Técnico del Centro de Adopciones acompañará y evaluará la adaptación en-

tre adoptado y adoptante. Al respecto, debe advertirse que si el citado informe fuera desfavorable sobre la adaptación recíproca de adoptado y adoptante, producirá –en principio- la cancelación de los trámites respectivos; interpretación ésta que surge de los términos del segundo párrafo del Art. 44 de nuestra citada Ley de Adopción: "Si el informe fuere desfavorable, el juez resolverá inmediatamente si revoca el otorgamiento de la guarda provisoria y comunicará su decisión al Centro de Adopciones, el que ubicará al niño provisoriamente en una entidad de abrigo". Debe advertirse –sin embargo- que la redacción de esta norma, en términos hipotéticos, sobre la facultad del juez de resolver si revoca o no la guarda provisoria, en el supuesto de que resultara desfavorable el aludido informe (desfavorable a la adaptación entre adoptante y adoptado), autoriza la posibilidad asimismo de prolongar la guarda provisoria por parte del adoptante con lo que no necesariamente el informe desfavorable provocará la cancelación del procedimiento de adopción a favor de un determinado adoptante.

La tenencia preadoptiva consiste en un instituto incorporado a todas las legislaciones modernas, que han entendido que ella, concebida como una condición para el otorgamiento legal de la adopción, representa un medio óptimo de verificación OBJETIVA de los fundamentos que la inspiran y, que traducen el fin perseguido del beneficio del menor adoptado: "Es así cómo todas las legislaciones modernas que receptan la legitimación adoptiva requieren, en todo caso, que el o los adoptantes hayan tenido al menor bajo su guarda durante un período previo, en el cual "el cumplimiento de los deberes de paternidad es la única concreción lógica y objetiva del justo motivo o justa causa eficiente de la adopción .

Optamos por el plazo de un año ininterrumpido que se estableció en la ley argentina de adopción Nº 19.134/71, por entender que es el mínimo para que se llenen los objetivos perseguidos –más arriba apuntados- con el instituto de la tenencia preadoptiva, recordando el importante objetivo que se propone en cuanto busca la adaptación recíproca de adoptado y adoptante y, concretamente, la inserción del niño que va a ser adoptado en el ambiente familiar del adoptante.

Debe asimismo señalarse la tendencia legislativa actual en el sentido de reducir el lapso de la tenencia preadoptiva. Al respecto de ello, opinamos que el plazo de la guarda preadoptiva tiene que ser el que se requiera para que se materialicen los objetivos perseguidos por medio de ella, es decir, la adaptación recíproca entre adoptante y adoptado y, la inserción del segundo en el ámbito familiar del primero. Esa tendencia a disminuir el tiempo de la guarda

preadoptiva satisface, en gran medida, el interés del adoptante y, concretamente, su ansiedad de asumir la paternidad. A este propósito, no debe olvidarse que en el derecho de los menores debe siempre priorisarse lo que sea de interés para los mismos.

El lapso muy reducido, establecido como el mínimo en nuestra actual ley de adopciones, aunque puramente referencial, es notablemente exiguo para que se logre los señalados objetivos que se persiguen con la guarda preadoptiva.

6. CODIGO DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

El Código de la Niñez y de la Adolescencia, que es un cuerpo general de normas especializadas con relación al régimen legal de los niños y adolescentes, vigente actualmente en el Paraguay al ser sancionado por la Ley Nº 1680 del año 2001, carece de normas que reglen el instituto de la adopción. Consecuentemente se halla en vigor la Ley de Adopciones Nº 1136/97, que no fue por cierto derogada en la disposición Nº 257 del referido nuevo Código de la Niñez y de la Adolescencia. En este Código de la Niñez y de la Adolescencia se contempla, en su Libro Tercero, Título Segundo, sobre las denominadas "instituciones de familia sustituta", reglamentando en su Capítulo II una guarda del niño o adolescente. Los términos generales de la misma permiten entender que no han quedado derogadas las disposiciones de los Arts. 43 y 44 de nuestra Ley de Adopciones, Nº 1136/97, por aplicación del sistema de derogación de la ley consagrado en el Art. 7º del Código Civil, que textualmente expresa: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o parte, sino por otras leyes. Las disposiciones especiales no derogan a las generales, ni éstas a aquellas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente...".

En efecto, la inserción en una familia sustituta (Arts. 103 a 105 del Código de la Niñez y de la Adolescencia) y la guarda (Arts. 106 a 109 del mismo citado código) no están concebidas al objeto específico de la adopción. Consecuentemente, las disposiciones de los Arts. 43 y 44 de la Ley de Adopciones Nº 1136/97 son particular y exclusivamente aplicables a la guarda con fines de adopción o, guarda preadoptiva. Estas disposiciones de la ley especial de adopciones, en materia de guarda, no fueron derogadas por las normas generales del Código de la Niñez y de la Adolescencia, con lo que se entiende lo que se consagra en el comentado principio del Art. 7º del Título preliminar del Código Civil.

LICENCIAS OBLIGATORIAS
LEY 1.630 /2000

Por Hugo R. Mersán (*)

Sumario: 1. Introducción.- 2. De las licencias obligatorias.- 3. Causales de licencias obligatorias.- 3.1. Por falta de explotación.- 3.2. Por interés publico.- 3.3. Por abuso o prácticas anticompetitivas.- 3.4. Por dependencia de patente

1. INTRODUCCION

El 29 de noviembre del 2000 fue promulgada la NUEVA LEY DE PATENTES DE INVENCIONES No. 1.630 en el Paraguay, que deroga la Ley No. 773 del 3 de septiembre de 1925. El Decreto No. 14.201, de fecha 2 de agosto del 2001 reglamenta dicha ley.

La nueva norma legal que entró en vigencia **el 29 de enero del 2001**, responde a la necesidad de modernizar la protección legal de las invenciones, creando los modelos de utilidad, adaptados a los compromisos internacionales asumidos por Paraguay, en particular, al Convenio de París y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC-TRIP´S) resultante de la Ronda Uruguay GATT hoy Organización Mundial de Comercio (OMC).

La Ley prevé un sistema de protección de las invenciones mediante la concesión de patentes de invención o modelos de utilidad. No contiene una

***)** Abogado, Profesor de la Cátedra de Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA), Presidente del Capítulo Paraguayo de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), Vice-Presidente de la Asociación Paraguaya de Agentes (APAPI).

definición de “invención” pero se reconoce a aquellas en todos los campos de la tecnología y que podrá ser de un “producto o procedimiento”

Las materias excluidas como invención, por carecer del carácter técnico esencial a toda invención, incluyen por ejemplo a los simples descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; las creaciones puramente estéticas; los programas de computación aisladamente considerados, lo que no impedirá el patentamiento de algún producto o procedimiento que incluya como uno de sus componentes a un programa de computación.

También se excluyen a los métodos de diagnósticos, terapéuticos, quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales, y las diferentes formas de reproducir informaciones.

2. DE LAS LICENCIAS

Además del régimen convencional de licencias, se establece como novedad en la ley igualmente las “licencias obligatorias y otros usos sin autorización del titular de los derechos”.

Cualquier interesado podrá solicitar a la autoridad administrativa (Dirección de la Propiedad Industrial) una licencia obligatoria, transcurridos tres años desde la concesión de la patente o cuatro desde la fecha de la presentación de la solicitud, aplicándose el plazo que expire más tarde, si la invención no ha sido explotada o no se han realizado preparativos efectivos y serios para ese fin o ha sido interrumpida por un período mayor a un año, siempre que no existan circunstancias de fuerza mayor.

También podrá solicitar licencia obligatoria un potencial usuario en términos y condiciones razonables, transcurrido un plazo de noventa días de solicitarla al titular, cuando la solicitud se trate de sectores de la tecnología que no gozaban de protección en el país y la patente comprenda la materia prima a partir de la cual se deba desarrollar el producto final. El precio será el mismo que se ofrece en el mercado internacional o el ofrecido a filiales del titular.

Igualmente, el Poder Ejecutivo podrá conceder, sin autorización del titular de la patente, las licencias obligatorias por motivos de emergencia sanitaria, de defensa o de seguridad nacional, del desarrollo socioeconómico y tecnológico de determinados sectores estratégicos o de interés nacional.

Se establece el otorgamiento de licencias obligatorias por prácticas anticompetitivas, entre otras, las siguientes:

a) la fijación de precios del producto patentado, comparativamente excesivos respecto de la media del mercado internacional.

b) la existencia de ofertas para abastecer el mercado a precios significativamente inferiores a los ofrecidos por el titular de la patente.

c) La negativa de abastecer adecuada y regularmente al mercado local, de la materia prima o del producto patentado en condiciones comerciales razonables.

d) Cuando la explotación eficiente en el país de una invención patentada que contribuya al desarrollo tecnológico sea obstaculizada o impedida por el titular de la patente; y

e) Los demás casos contemplados en las leyes especiales.

Finalmente, la concesión de la licencia obligatoria u otros usos sin autorización del titular estará a cargo de la autoridad administrativa y podrá ser revisada en sede judicial, donde no se podrán ya plantear medidas precautorias que afecten la validez o modalidad de la licencia otorgada.

El titular de la patente objeto de una licencia obligatoria recibirá una remuneración y a falta de acuerdo será fijada por la autoridad administrativa. Las licencias obligatorias se concederán para abastecer el mercado interno.

Las licencias obligatorias o no voluntarias constituyen una restricción o limitación al derecho exclusivo a favor del inventor o un uso permitido sin el requerimiento del titular de la invención. Se trata de una autorización a una persona distinta del patentado para el uso de una invención contra el pago de una compensación determinada por autoridad competente.

Se la define a las “licencias obligatorias” como la autorización concedida de modo coactivo por la autoridad administrativa a favor de una persona distinta del titular de la patente para la explotación industrial de la misma. Es un supuesto de expropiación forzosa parcial.

Sus características son: a) no son exclusivas; b) son temporales y limitadas a un territorio; c) no cesibles; d) no pueden sublicenciarse; y d) el licenciatario posee acción contra los infractores.

3. CAUSALES DE "LICENCIAS OBLIGATORIAS"

3.1. Por falta de explotación

Explotar significa sacar utilidad o provecho de un negocio en beneficio propio. Por tanto, si la licencia se refiere a un producto, el mismo debe ser manufacturado, puesto a la venta y venderlo. Cuando se tratare de un proceso o procedimiento, debe estar aplicado, puesto a la venta y comercializado el producto que vincule al proceso.

Conforme al Decreto Reglamentario, se considerara que no media explotación de la patente si el titular de la misma no procedae a la fabricación y/o distribución y comercialización del producto o utilización del procedimiento protegido, en forma suficiente para abastecer el mercado nacional, con la cual la importación del producto o procedimiento patentado implicaría una explotación adecuada y no sujeta a causal de licencia obligatoria.

En el proceso de fabricación o manufactura se debe considerar que su volumen corresponda para la satisfacción del mercado interno únicamente, que ella sea producida en el país y no podrá ser antes de los tres años de la concesión o cuatro de la solicitud de la patente.

La Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio deberá establecer la fecha del inicio de la explotación, la que obviamente deberá ser lo antes posible.

3.2. Por razones de interés público

Casos de desabastecimiento de medicamentos, alimentos, sanidad animal o salud de la población, peligro a la población o la integridad de la nación, o cualquier otro uso público por parte del Estado de una patente, siempre y cuando no sea con carácter comercial.

Para este caso rige un procedimiento diferente para las otras situaciones de concesión de licencias obligatoria, en el sentido de omitirse el requisito previo de solicitud de licencia voluntaria. Ni la Ley ni el Decreto establece o limita el plazo máximo de esas licencias obligatorias ni que por quien debe estar refrendado el Decreto del Poder Ejecutivo o simplemente bastaría la conformidad de la autoridad administrativa, la Dirección de la Propiedad Industrial.

Entendemos que el plazo debe ser aquel necesario y únicamente para compensar el desabastecimiento del mercado local y el Decreto del Poder Ejecutivo deberá estar refrendado por el Ministerio del ramo respectivo, en caso de Salud de la Población, Ministerio de Salud y en el de Sanidad Animal, Ministerio de Agricultura y Ganadería.

Si asumimos que toda restricción de derecho siempre está condicionada al "interés público o general", obviamente mediante esta opción del Ejecutivo se podrían otorgar licencias obligatorias sobre patentes que posean licencias voluntarias u obligatorias por una falta o insuficiente explotación de la patente y que ante al emergencia nacional se autorice su uso.

3.3. Por prácticas anticompetitivas

La Dirección de la Propiedad Industrial por resolución expresa podrá conceder licencias obligatorias de una patente, cuando la autoridad competente, mediante un procedimiento que confiera al titular derecho de defensa, se haya determinado que se incurrió en prácticas anticompetitivas, entre otras las siguientes:

a) la fijación de precios comparativamente excesivos respecto de la media del mercado internacional.

b) la existencia de ofertas a precios significativamente inferiores a los ofrecidos por el titular.

c) La negativa de abastecer adecuada y regularmente al mercado local, por el titular, en condiciones comerciales razonables.

d) Con relación a la explotación, no contribuye el titular de la patente.

Observamos que en este caso la característica fundamental reside en que no es necesaria una oferta de licencia voluntaria o su negativa, sino comprobar que el titular de la patente haya incurrido en prácticas anticompetitivas.

- ¿***Quién es la autoridad competente***? No está en la Ley ni en el Decreto Reglamentario; será necesariamente un Juez en lo Comercial de Primera Instancia, dado que deberá otorgar al titular derecho de defensa y demás garantías. Sin embargo, esta misma autoridad deberá resolver cuestiones de "precios significativamente inferiores o excesivos", "condiciones comerciales

razonables", entre otras, para determinar una práctica anticompetitiva, que requiere de estudios técnicos de mercados para definir un abuso del mismo.

Otra situación no prevista es aquella en caso de una obtención de la declaración pertinente de que se incurrió en prácticas anticompetitivas. ¿A quién debe otorgar la licencia? ¿La Dirección de la Propiedad Industrial otorgará al particular que obtuvo esa declaración o pondrá a consideración del público?

Este es el mejor ejemplo de lo antagónico del sistema, por un lado el derecho de patente que autoriza exclusividad o monopolio y por el otro que permite competencia.

En un caso reciente se anunció que "Brasil rompe patente y anuncia producción de remedio para el sida".

El Ministerio de Salud de Brasil anunció que rompería la patente de un medicamento empleado para tratar el sida y dijo que emitiría una licencia obligatoria para producir el remedio a partir del viernes.

El gobierno adoptó esa decisión después de decir que habían fracasado sus negociaciones con la farmacéutica suiza Roche, fabricante de Nelfinavir, para una reducción de su precio.

Roche se declaró sorprendida y el jueves dijo que estaba cerca de un acuerdo con las autoridades brasileñas sobre el precio del fármaco.

Nelfinavir es un inhibidor de proteasa, que impide que el virus del VIH se reproduzca e infecte nuevas células. Es empleado con frecuencia con otros remedios en un "cóctel de medicamentos" contra el virus.

Daniel Piller, un portavoz de la empresa farmacéutica con sede en Basilea, dijo que la empresa quería continuar las negociaciones.

Piller dijo que "nos sorprendimos mucho por esta posición del gobierno brasileño".

Agregó que "hasta el momento, hemos bajado el precio en más del 50 por ciento en comparación con el precio mayorista de Estados Unidos y estábamos negociando con Brasil para mayores descuentos sustanciales".

En su comunicado, el Ministerio de Salud brasileño dijo que actualmente gasta 82 millones de dólares en el medicamento, lo que representa el 28 por ciento de su presupuesto anual para tratar a los pacientes de sida. En Brasil, quienes padecen la enfermedad reciben el medicamento en forma gratuita.

La Organización Mundial para la Salud estima que hay 540.000 personas infectadas con VIH y sida en Brasil.

El Ministerio dijo que puede ahorrar 40 por ciento de esos costos produciendo la droga en el país. Afirmó que tiene un contrato con Roche que vence a fin de año y que respetará ese acuerdo hasta que expire. Sin embargo, el comunicado dijo que a partir del año próximo comenzará a distribuir el Nelfinavir producido en el país.

La dependencia agregó que otras negociaciones con grandes compañías farmacéuticas, como Merck, fueron exitosas para la reducción de precios de los medicamentos.

A comienzos de año, Estados Unidos retiró una demanda contra Brasil ante la Organización Mundial para la Salud en contra de la práctica del país de producir medicamentos genéricos contra el sida.

El programa brasileño contra el sida ha sido aplaudido por Naciones Unidas. Brasil garantiza tratamiento para todos aquellos que padezcan la enfermedad y produce localmente muchos otros fármacos empleados en contra del sida" (CNN-23/8/2001).

3.4. Por dependencia de patentes

Nuestra Ley transcribe la disposición de Trips, Art. 31, inc. "l", con lo cual se presentan las siguientes condiciones:

a) No se puede explotar la nueva patente sin menoscabo de los derechos de la patente anterior.

b) Tiene que servir la patente dependiente a los fines industriales distintos o representar un progreso técnico notable en relación al objeto de la primera patente.

El principio es que el titular de una nueva invención que importe un perfeccionamiento sobre una invención patentada, no puede explotarlo sin el consentimiento del inventor primitivo.

Se trata de una infracción al derecho de la primera patente, pero para que ella no sea así considerada, debe suponer, la segunda, su negativa, al progreso o al avance técnico importante.

¿Qué se entiende por avance técnico? ¿Ello representaría "fines industriales distintos o un perfeccionamiento de la primera invención? Ni la Ley ni el Decreto lo aclaran ni fijan sus alcances.

En materia de productos farmacéuticos, nos resulta difícil interpretar una necesidad de licencia obligatoria para la explotación de una segunda patente, esencialmente si en su caso, una droga protegida por la primera patente, demuestre, en la segunda patente, un perfeccionamiento o destino distinto, con lo cual obviamente si así no lo fuera no podría ser patente como consecuencia del estado de la técnica.

En consecuencia, observamos que la nueva legislación paraguaya no contiene criterios técnicos ni claramente definidos con respecto a las "licencias obligatorias" y sus causas, si bien siguen las recomendaciones genéricas de ADPIC, esto nos obliga a depender de la voluntad del soberano y sus políticas, al igual que de la apreciación judicial que se pueda ir conformando en esta materia, con los riesgos de abusos contra el sistema de protección y respeto a las invenciones y sus titulares.

INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL (*)

Por Luis Lezcano Claude (**)

El tema de la independencia del Poder Judicial debe ser enfocado desde una doble perspectiva: como independencia institucional y como independencia funcional.

INDEPENDENCIA INSTITUCIONAL

Cuando hablamos de independencia institucional hacemos referencia al Poder Judicial como órgano-institución, como un poder en relación con los otros poderes que ejercen las diversas funciones del poder político en el Estado.

La vinculación del Poder Judicial con el Poder Ejecutivo, con el Poder Legislativo, con otros órganos de gobierno, es lo que vemos al hablar de independencia institucional del Poder Judicial.

Al respecto, M. Riera Hunter afirma cuanto sigue:

El fundamento de la independencia institucional del Poder Judicial radica indefectiblemente en el principio de división o separación de Poderes. En realidad, no existe una división de poderes puesto que el poder del Estado

---

*) Conferencia pronunciada en Chihuahua, México, el 4 de abril de 2003, en ocasión de la III Asamblea General de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM).

**) Profesor Asistente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

es uno; lo que existe es una división, separación o reparto de funciones que son ejercitadas por órganos diferenciados (Legislativo, Ejecutivo, Judicial), los cuales deben ser organizados de una manera tal que se encuentren en un estado de verdadero equilibrio institucional, sin que ninguno predomine sobre el otro. El resultado de este equilibrio es la independencia de los Poderes y, específicamente, la independencia del Poder Judicial (1).

Se puede apreciar que históricamente existió una dependencia del Poder Judicial respecto del órgano ejecutivo. En consecuencia, la lucha inicial tuvo por objetivo cortar los lazos que implicaban una sujeción indebida respecto del Poder Ejecutivo.

En América Latina, en términos generales se puede afirmar que durante la mayor parte del siglo XX se dio una situación de dependencia del Poder Judicial.

Las notas peculiares del sistema político vigente, llevaron a autores como Jacques Lambert a hablar de "régimen de preponderancia presidencialista". Por su parte, Maurice Duverger sostuvo que en América Latina existía una "hipertrofia de los poderes del presidente" (2).

El sistema presidencial, cuya base inicial era el modelo norteamericano, fue reforzado de manera tal que dio lugar a un Poder Ejecutivo extremadamente fuerte. La fuerza extraordinaria de que estaba investido el Ejecutivo se daba en detrimento del Poder Legislativo, pero más aún en menoscabo del órgano jurisdiccional.

La lucha por la independencia del Poder Judicial empieza en muchos países de Latinoamérica sólo en la segunda mitad del siglo XX. El "régimen de preponderancia presidencialista" se extiende en algunos casos incluso hasta la década de los ochenta. Luego comienzan a delinearse regímenes de un presidencialismo moderado, con una creciente independencia del Poder Judicial.

La independencia institucional supone, por una parte, la independencia política, es decir, la autonomía del Poder Judicial; y por la otra, la indepen-

1) Marcos Riera Hunter, *La independencia del Poder Judicial. Derecho paraguayo y comparado,* Asunción, La Ley Paraguaya S.A., 1991, p. 18.

2) J. Lambert, *América Latina,* Barcelona-España, Ediciones Ariel, 1978, p. 55; y M. Duverger, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional,* Barcelona-España, Ediciones Ariel, 1970, p. 213.

dencia económica, esto es, la autarquía del Poder Judicial. Evidentemente aquella sería una ilusión, sería meramente retórica, si no existiera la segunda. Ambas constituyen aspectos imprescindibles de la independencia institucional.

INDEPENDENCIA FUNCIONAL

Por otra parte tenemos la independencia funcional. Nos referimos aquí al órgano-persona, al magistrado. Aludimos a la situación del magistrado en particular, en cuanto a que no pueda ser objeto de presiones en modo alguno en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ya sea por fuerzas provenientes de fuera del Poder Judicial, se trate del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, de otros órganos de gobierno, de grupos de presión; ya sea que las presiones que se ejerzan sobre el magistrado provengan del interior del mismo órgano judicial, en particular, de una Corte Suprema o Tribunal Supremo de Justicia.

MECANISMOS CONSTITUCIONALES PARA LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

La simple consagración del principio de independencia del Poder Judicial no es suficiente. Para que ella sea real y efectiva es necesario que la Constitución establezca, como de hecho lo hace, los mecanismos apropiados para tal efecto.

Siendo la independencia del Poder Judicial de carácter institucional (política y económica) y funcional, se han previsto los medios idóneos para preservarla según se trate de la independencia del órgano judicial frente a otros órganos de gobierno, o de la independencia del magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional. A ello nos referiremos a continuación.

MECANISMOS PARA LA INDEPENDENCIA POLITICA DEL PODER JUDICIAL

A. El principio de unidad jurisdiccional

En primer lugar tenemos el principio de unidad jurisdiccional. El Poder Judicial tiene la pretensión de monopolizar la función jurisdiccional. Esto significa que, en principio, dicha función sólo puede ser ejercida por órganos judiciales. Visto desde otra perspectiva, supone no admitir que ningún órgano extraño al Poder Judicial pueda tener atribuciones para resolver cuestiones litigiosas.

Pero lo importante es ver los casos que constituyen excepciones a este principio y hasta qué punto estas excepciones significan un desmedro para el Poder Judicial.

a) Entre las excepciones, podemos mencionar la **jurisdicción administrativa**. Sabemos que existen instancias de resolución de conflictos en sede administrativa, es decir, a cargo de órganos dependientes del Poder Ejecutivo, que pueden dar solución a litigios que se presenten entre particulares y el Estado. El funcionamiento de estos órganos puede servir para descargar a los tribunales evitando que un número importante de casos litigiosos, al alcanzar solución en sede administrativa, llegue a instancias judiciales.

La doctrina admite esta excepción al principio de unidad jurisdiccional, siempre que esté asegurada la posibilidad de ocurrir con posterioridad ante órganos de carácter jurisdiccional, por ejemplo, un tribunal contencioso-administrativo que se encuentre dentro del Poder Judicial.

b) Los **tribunales constitucionales** constituyen otra excepción, al ser ellos los órganos dotados de la facultad de ejercer el control de constitucionalidad y no el máximo órgano del Poder Judicial.

Sobre el tema se ha afirmado lo siguiente:

Los Tribunales Constitucionales son el producto de la doctrina que desestima el control jurisdiccional de la constitucionalidad por entender que tal función es esencialmente política y, por ende, rebasa la competencia propia del Poder Judicial considerado de naturaleza eminentemente jurídica (3).

En relación con este tema se puede hablar de dos tradiciones. Por una parte está la tradición europea basada en los tribunales constitucionales, creados a partir de las ideas de Kelsen, en que el control de constitucionalidad queda a cargo de un órgano ubicado fuera del Poder Judicial, como órgano extrapoderes.

Por otra parte, existe una tradición americana, en el sentido de estadounidense y también de todos los países de América, en que el control de constitucionalidad está a cargo del Poder Judicial y, en particular, de su máximo órgano. Así tenemos el caso de los Estados Unidos, México, la Argentina, el Uruguay, etc.

3) Marcos Riera Hunter, op. cit., p. 24.

Mención aparte merecen algunos casos en que el control de constitucionalidad no sólo está a cargo del máximo órgano del Poder Judicial, sino que el pronunciamiento del mismo produce efectos generales, es decir, *erga omnes*. Dichos casos son los siguientes:

El Salvador. Dentro del sistema constitucional salvadoreño, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de actos normativos, con efectos *erga omnes*. Los preceptos constitucionales pertinentes son los siguientes:

Art. 174: *La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.*

La Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa.

Art. 183: *La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.*

En Panamá, la declaración de inconstitucionalidad de actos normativos, con efectos *erga omnes*, corresponde a la Corte Suprema de Justicia en pleno (Cf. Art. 203 de la Constitución panameña).

En Venezuela, de acuerdo con la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene la atribución de declarar la nulidad de leyes y otros instrumentos normativos. Esto equivale a una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales.

El Art. 334 dispone lo siguiente: *Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley* (4).

---

4) Debe verse igualmente el Art. 336, incisos 1, 2, 3 y 4, de la Constitución venezolana.

En el Paraguay, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ejerce ese control, con efectos *inter partes*, y se está abriendo paso la jurisprudencia de que la Corte en pleno puede ejercer la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes con efectos *erga omnes*.

Como se ve, existe una tradición americana de conferir al máximo órgano judicial el control de constitucionalidad. Sin embargo, en América Latina se ha adoptado también la figura del Tribunal Constitucional. Así tenemos la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la Corte Constitucional de Colombia y los Tribunales Constitucionales de Ecuador, Perú, Bolivia y Chile.

A continuación transcribimos las principales disposiciones constitucionales que regulan el órgano en los países mencionados.

Guatemala

Art. 268: *La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.*

Art. 269: *La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo de entre los suplentes.*

Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma:

Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;

Un magistrado por el pleno del Congreso de la República;

Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros;

Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y

Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.

Simultáneamente con la designación del titular, se hará la del respectivo suplente, ante el Congreso de la República

Art. 272: *La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad.*

Colombia

Art. 233: *Los Magistrados de la Corte Constitucional ... serán elegidos para un periodo de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.*

Art. 239: *La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del derecho.*

Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

Ecuador

Art. 275: *El Tribunal Constitucional, con jurisdicción nacional, tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve vocales ... Desempeñarán sus funciones durante cuatro años y podrán ser reelegidos ...*

Serán designados por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes, de la siguiente manera:

Dos, de ternas enviadas por el Presidente de la República. Dos, de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno. Dos, elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores. Uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales.

Uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas. Uno, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas.

Perú

Art. 201: *El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años ... No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República.*

Bolivia

Art. 116. *I. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que las leyes establecen.*

IV. El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional.

Art. 119. *I. El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución.*

II. Está integrado por cinco magistrados que conforman una sola sala y son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de votos de los miembros presentes.

V. Desempeñan sus funciones por un período personal de diez años improrrogables y pueden ser reelectos pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato.

Lo que nos planteamos en este punto es si resulta conveniente romper la tradición americana de conferir el control de constitucionalidad al máximo órgano del Poder Judicial, para conferírselo a un órgano extrapoderes, a un órgano que está fuera del Poder Judicial. Ello implica privar a la Corte Suprema o al Tribunal Supremo de una atribución muy importante, que define en forma más categórica el carácter político de la función que ejercen los órganos jurisdiccionales. Particularmente, por medio del control de constitucionalidad se ejerce ese tercio del poder político que corresponde al Poder Judicial. Constituye ésta la forma en que más claramente el Poder Judicial contri-

buye al funcionamiento del "sistema de frenos y contrapesos" de que hablaba Montesquieu. El recíproco control, en lo que corresponde a este poder, se ejerce fundamentalmente por medio del control de constitucionalidad.

c) Los **tribunales militares** constituyen otra excepción al principio de unidad jurisdiccional. Las constituciones dan diferentes soluciones al problema de los tribunales militares.

En algunos casos se ha limitado el funcionamiento de los tribunales militares a épocas de guerra, es decir, se circunscribe temporalmente la actividad de los mismos a un período bien definido, cuya característica esencial debe ser el estado de beligerancia internacional. Así, la Constitución de Weimar (1919) disponía: *La jurisdicción militar queda suprimida, salvo en época de guerra y a bordo de buques de guerra* (Art. 106). La Constitución austríaca de 1920 establecía: *Queda suprimida la jurisdicción militar fuera de la época de guerra* (Art. 84). La Constitución uruguaya (1966) dice: *la jurisdicción militar queda limitada ... al caso de estado de guerra* (Art. 253, 1ª parte).

Otras constituciones agregan la limitación del ámbito de competencia de los tribunales militares en cuanto al tipo de delitos (o hechos punibles) que pueden ser juzgados por los mismos. En este sentido se ha establecido que la justicia militar debe circunscribirse a los delitos (o hechos punibles) de carácter militar, entendidos como aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares. Como se ve, los tribunales militares son concebidos como un fuero real exclusivamente y no como un fuero personal. Así, la Constitución uruguaya establece: *La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares ... Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria* (Art. 253). Por su parte, la Constitución venezolana (1999) prescribe*: La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar* (Art. 261).

Algunas constituciones han avanzado incluso más y han integrado a tribunales militares al Poder Judicial como un fuero más, al igual que el civil, comercial, laboral, penal o contencioso-administrativo. La Constitución brasileña (1988) prescribe: *Son órganos del Poder Judicial ... los Tribunales y Jueces Militares* (Art. 92, VI). Por su parte, la Constitución venezolana (1999) dice: *La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial ...* (Art. 261). Esta solución conlleva la supresión de la excepción al principio de

unidad jurisdiccional que constituye el funcionamiento por separado de los tribunales militares.

El precepto de la Constitución paraguaya que se refiere al tema es el siguiente:

Art. 174: *Los tribunales militares solo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria.*

Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. En caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común. Sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados.

Del texto precedente se desprende que no existe limitación temporal alguna en cuanto al funcionamiento de los tribunales militares. Por otra parte, si bien en el primer párrafo del artículo se define un fuero de carácter real, en el siguiente párrafo se incluyen disposiciones que lo convierten en ciertos casos en un fuero personal.

La justicia militar está organizada en forma separada de la justicia ordinaria. La vinculación de aquella a ésta se da exclusivamente por la recurribilidad de los fallos dictados por los tribunales militares, ante la justicia ordinaria. Al respecto, se puede afirmar que se ha adoptado una medida intermedia que importa cierta sujeción y que puede considerarse orientada en dirección a la incorporación de los tribunales militares al Poder Judicial, pero que indudablemente resulta insuficiente.

d) Otra excepción al principio de unidad jurisdiccional la constituyen **el arbitraje, la mediación, la conciliación y otras formas de solución alternativa de conflictos**. En varios países ya tienen consagración constitucional y evidentemente sirven para evitar que las causas se multipliquen en los tribunales. Creemos que, siempre que quede expedita la vía de acceder a la justicia ordinaria, su existencia debe ser admitida.

La Constitución paraguaya de 1992, luego de sentar como principio la exclusividad del Poder Judicial para “conocer y decidir en actos de carácter contencioso”, admite la excepción del arbitraje.

Al respecto, el Art. 248 prescribe: *Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.*

La Constitución venezolana dice: *La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos* (Art. 258).

Por su parte, la Constitución ecuatoriana establece: *Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley* (Art. 191).

e) Se encuentran también el **indulto,** la **conmutación** y la **amnistía**. Por estos medios un órgano no judicial (ejecutivo o legislativo) puede modificar decisiones firmes adoptadas en sede judicial o determinar el finiquito de procesos en curso o la imposibilidad de su promoción.

Estas figuras que abren la posibilidad de una revisión discrecional de decisiones judiciales definitivas por órganos políticos, constituyen un resabio del absolutismo. Formaban parte de lo que se conoce como "gracia del príncipe". Dentro de un Estado de derecho no pueden tener cabida.

f) Entre las excepciones al principio de unidad jurisdiccional, en los últimos años, algunas constituciones han agregado algo nuevo: la **jurisdicción indígena.** Insertamos a continuación los artículos pertinentes de las constituciones latinoamericanas que la establecen.

Colombia, Art. 246: *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

Ecuador, Art. 191, último pfo.: *Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.*

Perú, Art. 149: *Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.*

Venezuela, Art. 260: *Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

Se trata de países en los cuales existe una población indígena importante, de una tradición de largos años. El reconocimiento de una jurisdicción indígena constituye, sin duda, una excepción al principio de unidad jurisdiccional.

B. Organo representativo y supremo del Poder Judicial

Como otro mecanismo de la independencia del Poder Judicial, se hace necesario el reconocimiento de un órgano jurisdiccional supremo. El Poder Judicial es un órgano complejo en el cual existen varias instancias: Corte Suprema, tribunales de apelación, juzgados de primera instancia. Para facilitar la vinculación del Poder Judicial con los otros poderes en condiciones de igualdad, se hace necesario reconocer a un solo órgano como cabeza de dicho poder.

Esto es particularmente importante a fin de evitar problemas, como podría ser el de una bicefalía real o aparente, que coloque al órgano judicial en una posición de desventaja en su relacionamiento con el Poder Ejecutivo o con el Poder Legislativo.

Por otra parte, la vinculación del órgano judicial supremo debe analizarse en relación con el Tribunal Constitucional, si existiere. Por lo general, el mismo es creado como un órgano extrapoderes en cuyo caso deberá considerarse especialmente el alcance de su facultad de control de constitucionalidad en cuanto pueda interferir con las atribuciones del máximo órgano judicial. Por ejemplo, en Guatemala la Corte de Constitucionalidad puede cono-

cer "de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia" (Art. 269). Menos común es que el Tribunal Constitucional sea creado como integrante del Poder Judicial. Tal es el caso de Bolivia (Arts. 116, I y IV, 119, 120 y 121). En estas condiciones, más bien podría presentarse el problema de la definición del órgano supremo del Poder Judicial.

Además, debe analizarse la vinculación de la Corte Suprema o el Tribunal Supremo con el Consejo de la Magistratura o de la Judicatura. En las páginas siguientes quedarán en claro las circunstancias en que puede darse ese relacionamiento y los posibles conflictos que pueden derivar del mismo.

C. La carrera judicial

Otro de los presupuestos de la independencia institucional del Poder Judicial está dado por la existencia de una carrera judicial. Al respecto, sólo haremos algunas reflexiones acerca de la influencia que el Consejo de la Magistratura o de la Judicatura puede ejercer en relación con la carrera judicial.

Fundamentalmente hay que analizar dos puntos: por una parte, la composición del Consejo, y por la otra, las funciones que se le otorgan. De la combinación de estos dos elementos, es decir del modo en que esté compuesto y de las funciones más o menos amplias o restringidas que tenga, dependerá que el poder del Consejo sea mayor o menor.

En cuanto a su composición, se puede hablar de una "composición judicialista", cuando sus integrantes provienen del propio órgano judicial, lo cual determina una vinculación directa con éste y supone un mayor entendimiento con la Corte Suprema o el Tribunal Supremo, o, si se quiere, una mayor posibilidad de influencia sobre el Consejo. Se alude a una "composición mixta" cuando sus integrantes provienen no sólo del órgano judicial. En la composición mixta puede darse un "predominio judicialista", si la mayor parte de sus integrantes provienen del Poder Judicial; una "minoría judicial", cuando son menos los que provienen de dicho poder, o un relativo equilibrio entre diversos sectores. Lo que apuntamos en cuanto a entendimiento con el Consejo o a posibilidades de influir sobre él, indudablemente varía según cual sea la forma de composición mixta de que se trate. En suma, se puede presumir que cuanto menor sea el ingrediente judicialista en la composición del Consejo de la Magistratura o de la Judicatura, menor será la posibilidad de que las funciones que le corresponden sean ejercidas en coordinación o en consulta con el órgano máximo del Poder Judicial.

En cuanto a las funciones del Consejo, se puede hablar fundamentalmente de dos categorías: las referidas a los magistrados y las referidas a la administración del Poder Judicial. Entre las primeras se señala que el Consejo actúa como órgano de selección de magistrados, a veces también de nombramiento de magistrados, y como órgano disciplinario del Poder Judicial.

En lo referente al segundo aspecto, el Consejo tiene a su cargo la elaboración del presupuesto del Poder Judicial y la posterior ejecución del mismo. En algunos casos se encarga también de algunas cuestiones relacionadas con la organización del ejercicio de la función jurisdiccional.

En la Argentina, el Consejo de la Magistratura tiene una composición en que hay una amplia participación de los otros poderes y de sectores de la población distintos del Poder Judicial. Además, sus atribuciones son muy importantes. Se trata de un Consejo fuerte debido a su composición, en la que casi no hay intervención del órgano judicial, y a sus atribuciones, que permiten que este órgano ejerza importante influencia en múltiples aspectos del funcionamiento del Poder Judicial. Transcribimos a continuación la disposición constitucional pertinente.

Art. 114: *El Consejo de la Magistratura ... tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.*

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

En Colombia se puede apreciar una escasa intervención de origen judicial en la composición del Consejo Superior de la Judicatura. En cambio, las atribuciones del mismo, tanto las que se refieren a magistrados judiciales, como las vinculadas con la administración del órgano judicial, son de gran trascendencia. Las principales disposiciones constitucionales que versan sobre el tema son las siguientes:

Art. 231: *Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.*

Art. 254: *El Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas:*

1ª. La sala administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.

2ª. La sala jurisdiccional disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional en ternas enviadas por el gobierno.

Art. 256: *Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura ... de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:*

1ª Administrar la carrera judicial.

2ª Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla.

3ª Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión.

4ª Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.

5ª Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.

6ª Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

Art. 257: *Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:*

1ª Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.

2ª Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia.

3ª Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.

4ª Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.

En el Perú existe una escasa participación de origen judicial en la composición del Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, las facultades de este órgano en cuanto a la selección, el nombramiento, la ratificación y la destitución de jueces y fiscales, incluso de la Corte Suprema, son de suma importancia. Los artículos constitucionales pertinentes son los siguientes:

Art. 150, 1er. pfo.: *El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.*

Art. 154: *Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:*

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles.

2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público.

3. Aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.

Art. 155: *Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:*

1. Uno elegido por la Corte Suprema.

2. Uno elegido por la Junta de Fiscales Supremos.

3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país.

4. Dos elegidos ... por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país.

5. Uno elegido ... por los rectores de las universidades nacionales.

6. Uno elegido ... por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos ... por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.

En Bolivia, en cuanto a la composición del Consejo de la Judicatura, se puede observar que, si bien éste es presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, los cuatro Consejeros que lo integran son designados por el Congreso Nacional. Sus atribuciones son de mucha importancia tanto en cuanto a lo que se refiere a su participación en la integración del órgano judicial, como en cuanto a la elaboración y ejecución del presupuesto del Poder Judicial.

Las disposiciones constitucionales referentes al tema son las siguientes:

Art. 116. *V. El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial.*

VIII. El Poder Judicial tiene autonomía económica y administrativa. El Presupuesto General de la Nación asignará una partida anual centralizada en el Tesoro Judicial, que depende del Consejo de la Judicatura.

Art. 122. *I. El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial.*

II. El Consejo es presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y está integrado por cuatro miembros denominados Consejeros de la Judicatura, con título de abogado en provisión nacional y con diez años de ejercicio idóneo de la profesión o la cátedra universitaria.

III. Los consejeros son designados por el Congreso Nacional por el voto de dos tercios de sus miembros presentes. Desempeñan sus funciones por un periodo de diez años no pudiendo ser reelegidos sino pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato.

Art. 123: I. *Son atribuciones del Consejo de la Judicatura:*

1ª Proponer al Congreso nóminas para la designación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia; y a esta última para la designación de los Vocales de las Cortes Superiores de Distrito;

2ª Proponer nóminas a las Cortes Superiores de Distrito para la designación de jueces.

3ª Administrar el Escalafón Judicial y ejercer el poder disciplinario sobre los vocales, jueces y funcionarios judiciales, de acuerdo a la ley;

4ª Elaborar el Presupuesto Anual del Poder Judicial ... Ejecutar su presupuesto conforme a ley y bajo el control fiscal.

En México, el Consejo de la Judicatura Federal está compuesto por una mayoría de origen judicial (el presidente de la Suprema Corte de Justicia y tres consejeros designados por el pleno de la Corte, es decir, cuatro sobre un total de siete miembros). Esta mayoría de 4 a 3 da la posibilidad de que el control de ese órgano quede en manos de la Suprema Corte.

El Art. 100 dispone cuanto sigue: *El Consejo de la Judicatura Federal será un órgano del Poder Judicial de la federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones.*

El Consejo se integrará por siete miembros de los cuales, uno será el presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo será del Consejo; tres consejeros designados por el pleno de la Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito; dos consejeros designados por el Senado, y uno por el presidente de la república.

La Suprema Corte de Justicia elaborará su propio presupuesto y el Consejo lo hará para el resto del poder judicial de la federación.

En El Salvador el Consejo Nacional de la Judicatura tiene atribuciones limitadas, como en el Paraguay, y en su integración sólo interviene el órgano legislativo.

Al respecto, el Art. 187 establece: *El Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz.*

Será responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura, la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto es el de asegurar el mejoramiento en la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales.

Los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura serán elegidos y destituidos por la Asamblea Legislativa con el voto calificado de las dos terceras partes de los Diputados electos.

En el Ecuador, el tema está legislado en el Art. 206, 1er. pfo., que dice así:

El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano de gobierno administrativo y disciplinario de la Función Judicial. La ley determinará su integración, la forma de designación de sus miembros, su estructura y funciones.

En el Paraguay tenemos un Consejo de la Magistratura débil, si se tienen en cuenta sus atribuciones en comparación con las que se confieren a este órgano en otros regímenes constitucionales como los que acabamos de mencionar. Solamente es un órgano de selección de magistrados, su función se limita a la elaboración de ternas para elevarlas al órgano encargado de la designación. En su composición hay una minoría extrema de origen judicial: solo un ministro de la Corte Suprema de Justicia, sobre ocho integrantes (5).

En definitiva, el problema que se plantea es el de la conveniencia o no de otorgar al Consejo de la Magistratura o de la Judicatura, atribuciones importantes como las de nombrar a los magistrados, decidir su promoción a

instancias superiores, decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, ordenar su suspensión y formular la acusación correspondiente, actuar como órgano disciplinario del Poder Judicial, ejercer la administración del mismo, en particular, en cuanto a la elaboración de su presupuesto y a su ejecución, etc.

¿Es conveniente crear un Consejo que tenga tales atribuciones y, en especial, cuando su funcionamiento sea autónomo en relación con la Corte Suprema de Justicia?

También en cuanto a este tema debemos hacer referencia a dos perspectivas diferentes. Por una parte, tenemos la perspectiva europea, en la cual el Poder Judicial aparecía, en algunos aspectos, en relación de dependencia respecto del órgano ejecutivo, por medio del Ministerio de Justicia. Este intervenía en cuanto a la provisión de fondos, en cuanto a la proposición de candidatos para la magistratura, etc. En estas circunstancias, trasladar dichas funciones de manos del órgano ejecutivo a un Consejo de la Magistratura o de la Judicatura, concebido como un órgano extrapoderes, constituía un avance.

Pero desde la perspectiva americana, la cuestión se torna diferente. En efecto, atribuciones tales como la de intervenir en el nombramiento de magistrados de las instancias inferiores, la de llevar a cabo el enjuiciamiento de los mismos, la de actuar como órgano disciplinario del Poder Judicial y la de ejercer la administración de éste, correspondían a la Corte Suprema de Justicia. En estas circunstancias, transferir estas facultades al Consejo de la Magistratura o de la Judicatura significa restarle atribuciones al órgano máximo

5) Cf. Arts. 251, 262, 264, 269, 270 y 275 de la Constitución paraguaya de 1992.

del Poder Judicial, con el consiguiente debilitamiento que ello lleva implícito. Desde el punto de vista de la independencia institucional del Poder Judicial, esto significa un retroceso tanto mayor cuanto más importantes sean las atribuciones conferidas al órgano creado y la autonomía que se le reconoce.

D. La Policía Judicial

Acerca de este tema, M. Riera Hunter expresa cuanto sigue:

Las funciones policiales tienen una doble naturaleza: por una parte, se encuentran las funciones de prevención de los delitos y la seguridad de las personas y sus bienes, las que se hallan a cargo de la denominada Policía Preventiva o de Seguridad, que normalmente depende del Poder Ejecutivo o Administrador; por otra parte, se hallan las funciones de investigación de los delitos, de detención de los delincuentes, y de aportación de las pruebas y demás elementos de convicción, función que debe corresponder a un organismo especializado denominado Policía Judicial, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, y al servicio de los jueces en general y de los jueces en lo penal, en particular (6).

La Constitución paraguaya de 1992 ha incorporado la disposición que transcribimos a continuación.

Art. 272: *La ley podrá crear una Policía Judicial, dependiente del Poder Judicial, a fin de colaborar directamente con el Ministerio Público.*

Sin embargo, hasta el presente, la Policía Judicial no ha sido creada todavía.

MECANISMOS PARA LA INDEPENDENCIA ECONOMICA DEL PODER JUDICIAL

La independencia política no alcanza una plena efectividad si no va acompañada de una independencia económica. En caso contrario, la independencia se vuelve meramente retórica, aparece como algo ilusorio. De manera que es indispensable que exista independencia económica.

La independencia económica del Poder Judicial sólo puede ser lograda si, a nivel constitucional, se establece una asignación presupuestaria mínima

6) Marcos Riera Hunter, op. cit., p. 28.

para el Poder Judicial, es decir, se fija un porcentaje de los recursos previstos en el presupuesto general que, como mínimo, debe ser destinado a dicho poder; se establece que el proyecto de presupuesto judicial debe ser elaborado por el órgano supremo del Poder Judicial; se protege el presupuesto elaborado en cuanto a las modificaciones que pueda introducir el órgano ejecutivo; se garantiza la disponibilidad de fondos o partidas en el momento oportuno y en la cantidad necesaria, y se determina que la ejecución del presupuesto judicial debe ser realizada por la Corte Suprema de Justicia, con facultad de reprogramación.

Algunas de las ideas que acabamos de mencionar, han sido plasmadas como normas de máximo rango. Así tenemos las siguientes constituciones:

El Salvador, Art. 172:. ... *El Organo Judicial dispondrá anualmente de una asignación no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado.*

Art. 182. *Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

13ª. Elaborar el proyecto de presupuesto de los sueldos y gastos de la administración de justicia y remitirlo al Organo Ejecutivo para su inclusión sin modificaciones en el proyecto del Presupuesto General del Estado. Los ajustes presupuestarios que la Asamblea Legislativa considere necesario hacer a dicho proyecto, se harán en consulta con la Corte Suprema de Justicia..

Guatemala, Art. 213: *Es atribución de la Corte Suprema de Justicia formular el presupuesto del ramo; para el efecto, se le asigna una cantidad no menor del dos por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios del Estado, que deberá entregarse a la Tesorería del Organismo Judicial cada mes en forma proporcional y anticipada por el órgano correspondiente.*

Paraguay, Art. 249: *El Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria. En el Presupuesto General de la Nación se le asignará una cantidad no inferior al tres por ciento del presupuesto de la Administración Central.*

El presupuesto del Poder Judicial será aprobado por el Congreso, y la Contraloría General de la República verificará todos sus gastos e inversiones.

En páginas precedentes hemos visto que en varios ordenamientos constitucionales, la facultad de elaborar el presupuesto del Poder Judicial y la de

ejecutarlo una vez aprobado por el órgano legislativo, está conferida al Consejo de la Magistratura o Judicatura. Tal circunstancia, según cual sea la conformación del citado consejo y su grado de autonomía respecto del órgano máximo del Poder Judicial, determina una considerable limitación de las atribuciones de éste y, consiguientemente, una severa restricción en cuanto a la independencia económica del mencionado poder (7).

MECANISMOS PARA LA INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LOS JUECES

La independencia funcional se refiere a la persona del magistrado, es decir, al órgano-persona. Para garantizarla se han creado mecanismos que buscan proteger al magistrado de las influencias o presiones que pudieran ejercerse sobre él. A continuación nos referimos a dichos mecanismos.

A. La inamovilidad permanente

La inamovilidad debe darse en cuanto al *cargo*, la *sede* y el *grado*. El magistrado no puede ser separado de la función jurisdiccional, sino por las causales previstas y por el procedimiento establecido constitucional o legalmente, para la remoción de magistrados.

La inamovilidad en cuanto a la sede implica que, sin consentimiento previo, el magistrado no puede ser trasladado de una circuscripción judicial a otra, de una localidad a otra, de una jurisdicción a otra, de un turno a otro.

La inamovilidad en cuanto al grado significa que no puede darse un ascenso, sin su consentimiento (8).

En lo que se refiere a la duración de la inamovilidad, podemos hablar de *inamovilidad temporal* e *inamovilidad permanente*.

---

7) En el sentido indicado pueden mencionarse las constituciones de Colombia (Art. 256, inc. 5), Argentina (Art. 114, inc. 3), Bolivia (Art. 123, inc. 4). En México, la elaboración del proyecto de presupuesto del Poder Judicial, con excepción de la Suprema Corte de Justicia, corresponde al Consejo de la Judicatura Federal (Art. 100).

8) Al respecto, la Constitución paraguaya establece lo siguiente: Los magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede o al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso (Art. 252).

La inamovilidad temporal, que sólo asegura al magistrado la permanencia en el cargo durante un período de tiempo determinado, indudablemente no es suficiente para garantizar la independencia funcional de aquel. Por eso se debe tender a la inamovilidad permanente según la cual el magistrado se mantiene en el cargo mientras dure su buena conducta e idoneidad.

La inamovilidad permanente presenta, por lo menos, dos variantes: que la inamovilidad permanente se dé luego de un período de prueba o de un período inicial en que sólo hay inamovilidad temporal; y que la inamovilidad permanente se dé *ab initio,* es decir, desde la misma designación del magistrado.

Si hacemos una observación de la situación de la magistratura en América Latina en cuanto a la inamovilidad, podemos afirmar que, en líneas generales, es bastante satisfactoria.

Debemos analizar, en primer lugar, la situación de los *magistrados de las instancias inferiores*.

a) El caso de Guatemala, donde sólo existe inamovilidad temporal, constituye una excepción.

El Art. 208 de la Constitución guatemalteca establece: *Los magistrados, cualquiera que sea su categoría, y los jueces de primera instancia, durarán en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelectos los primeros y nombrados nuevamente los segundos. Durante ese período no podrán ser removidos ni suspendidos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la ley.*

b) Las constituciones del Brasil y el Uruguay establecen un período de prueba o interinato que precede a la inamovilidad permanente y durante el cual la remoción puede darse en cualquier momento. Además, en el Brasil la inamovilidad permanente puede cesar por motivos de interés público.

Veamos las disposiciones constitucionales que se refieren al tema:

Brasil. Art. 95: *Los jueces gozan de las siguientes garantías:*

I. Carácter vitalicio, que, en el primer grado, sólo será adquirido después de dos años de ejercicio, dependiendo la pérdida del cargo en ese perío-

do de decisión del tribunal al que el juez estuviera vinculado y, en los demás casos, de sentencia judicial firme;

II. Inamovilidad, salvo por motivo de interés público, en la forma del artículo 93, VIII ... (el acto de remoción, excedencia y jubilación del magistrado por interés público, dependerá de la decisión por voto de dos tercios, del respectivo tribunal, asegurándose amplia defensa).

Uruguay. Art. 239: *A la Suprema Corte de Justicia corresponde:*

...5º: Nombrar a los Jueces Letrados de todos los grados y denominaciones, necesitándose, en cada caso, la mayoría absoluta del total de componentes de la Suprema Corte.

Estos nombramientos tendrán carácter de definitivos desde el momento en que se produzcan, cuando recaigan sobre ciudadanos que ya pertenecían, con antigüedad de dos años, a la Judicatura, al Ministerio Público y Fiscal o a la Justicia de Paz, en destinos que deban ser desempeñados por abogados.

Si los mismos funcionarios tuviesen menor antigüedad en sus respectivos cargos serán considerados con carácter de Jueces Letrados interinos, por un período de dos años, a contar desde la fecha de nombramiento, y por el mismo tiempo tendrán ese carácter los ciudadanos que recién ingresen a la Magistratura.

Durante el período de interinato, la Suprema Corte podrá remover en cualquier momento al Juez Letrado interino, por mayoría absoluta del total de sus miembros. Vencido el término del interinato, el nombramiento se considerará confirmado de pleno derecho.

c) En México, la inamovilidad permanente está precedida de un período de inamovilidad temporal. En el Paraguay existen dos períodos de cinco años de inamovilidad temporal y luego se adquiere la inamovilidad permanente.

El Art. 97 de la Constitución mexicana prescribe: *Los magistrados de circuito y los jueces de distrito ... Durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueran ratificados o promovidos a cargos superiores, solo podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley.*

El Art. 252 de la Constitución paraguaya reza así: *Los magistrados ... Son designados por períodos de cinco años, a contar de su nombramiento.*

Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

d) En otros países la inamovilidad permanente se da *ab initio*. Así ocurre en la Argentina y en Venezuela.

El Art. 110 de la Constitución argentina dice: *Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta.*

El Art. 255 de la Constitución venezolana dispone: *Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.*

En nuestra opinión, todos estos sistemas, salvo el de Guatemala, son aceptables pues, en definitiva, consagran la inamovilidad permanente de los magistrados.

El problema se presenta en América Latina en cuanto a la situación de los integrantes de los *órganos máximos del Poder Judicial*. En este aspecto la legislación varía desde la inamovilidad temporal -con prohibición absoluta de reelección o con posibilidad de reelección restringida, en el sentido de que debe pasar cierto período de tiempo para que sea posible la reelección-, hasta la inamovilidad permanente *ab initio*.

a) Dentro de la primera variante se inscriben los siguientes países: Colombia, en que el período es de ocho años, sin posibilidad de reelección; Venezuela, con un período de doce años, sin posibilidad de reelección; Bolivia, con un período de diez años y posibilidad de reelección restringida; Uruguay, en la misma situación, y Guatemala, con un periodo de cinco años y posibilidad de reelección.

A continuación transcribimos los textos constitucionales pertinentes:

Colombia. Art. 233: Los Magistrados ... de la Corte Suprema de Justicia ... serán elegidos para un período de ocho años, no podrán ser reelegidos

y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

Venezuela. Art. 264: *Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único período de doce años.*

Bolivia. Art. 117. *I. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de justicia ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa de la República.*

IV. Los Ministros ... Desempeñan sus funciones por un período personal e improrrogable de diez años, computables desde el día de su posesión y no pueden ser reelegidos sino pasado un tiempo igual al que hubieran ejercido su mandato.

Uruguay. Art. 237: *Los miembros de la Suprema Corte de Justicia durarán diez años en sus cargos sin perjuicio de lo que dispone el artículo 250 [todo miembro del Poder Judicial cesará en el cargo al cumplir setenta años de edad]y no podrán ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección.*

Guatemala. Art. 215: *Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por el congreso de la República para un período de cinco años.*

b) En el otro extremo, están las Constituciones que consagran la inamovilidad permanente de los miembros del máximo órgano judicial ab initio. Tal es el caso de la Argentina, el Ecuador y el Paraguay.

Las disposiciones constitucionales pertinentes son las siguientes:

Argentina, Art. 110: *Los jueces de la Corte Suprema ... de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta.*

Ecuador, Art. 202: *Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y la ley.*

Paraguay, Art. 261: *Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años.*

c) Entre las dos situaciones que acabamos de describir y que podemos llamar extremas, el caso de México se presenta como una solución intermedia de características muy interesantes.

La disposición constitucional mexicana, en sentido estricto, debería ser incluida en la primera variante, es decir, se trataría de un caso de inamovilidad temporal, con prohibición absoluta de reelección. Pero dos características: el tiempo relativamente largo que dura el período de los ministros de la Suprema Corte y la previsión constitucional de que al término del mismo tienen derecho a un haber de retiro, lo convierten en un sistema singular.

El Art. 94 de la Constitución de México reza así: ... *Los ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.*

Ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo período, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino

A nuestro criterio se trata de una disposición que establece una solución aceptable en cuanto a la inamovilidad de los integrantes del máximo órgano judicial. Así lo será particularmente en países que hayan alcanzado cierto grado de estabilidad e institucionalidad en el funcionamiento de sus órganos de gobierno, pues en ellos el acceso a la más alta magistratura judicial, como consecuencia de la vigencia efectiva de la carrera judicial, estará precedida del ejercicio de la función jurisdiccional en instancias inferiores. Si tenemos en cuenta esto, el espacio de tiempo previsto no puede ser considerado corto. Incluso tampoco lo es para quienes pudieran acceder directamente al cargo.

El *haber por retiro*, previsto constitucionalmente, al proporcionarle al magistrado la seguridad necesaria en el período posterior al ejercicio del cargo, crea las condiciones necesarias para una actuación independiente durante el tiempo que integre la Suprema Corte de Justicia.

B. La irreductibilidad de las remuneraciones

Los Magistrados Judiciales, sujetos normalmente a un régimen de incompatibilidades que les impide el ejercicio de actividades lucrativas al margen de la función judicial, son acreedores de una remuneración decorosa que

les permita un desenvolvimiento personal y familiar digno. Tales remuneraciones, además, deben ser protegidas de disminuciones que podrían afectar su nivel de vida y, con ello, menoscabar su independencia funcional (9).

Se hace necesario, pues, consagrar la garantía de la irreductibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales.

Tal garantía tiene rango constitucional en la Argentina. En efecto, el Art. 110 dispone: *Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación ... recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.*

La afirmación de que dicha compensación "no podrá ser disminuida en manera alguna", ha permitido interpretar la disposición en el sentido de que ella excluye también la posibilidad de que dichas remuneraciones sean gravadas con tributos.

La Constitución brasileña también consagra la garantía de la "irreductibilidad de los salarios" (Art. 95, III). Sin embargo, en forma expresa se establece que, en cuanto a la remuneración de los magistrados, se debe observar la disposición constitucional que prohíbe hacer cualquier distinción entre los contribuyentes por razón de la función ejercida por ellos (Art. 150, II), así como la que consagra la facultad de establecer impuestos sobre renta y ganancias de cualquier naturaleza (Art. 153, III).

C. Las inmunidades judiciales

Las inmunidades judiciales encuentran su razón de ser en la necesidad de proteger al magistrado de todo tipo de ataque contra su persona, contra sus familiares o contra sus bienes. La doctrina y la legislación reconocen las siguientes prerrogativas o privilegios: inmunidad de opinión, inmunidad de detención o arresto e inmunidad de proceso.

En virtud de la inmunidad de opinión, los magistrados judiciales no pueden ser sometidos a proceso penal por las opiniones que vertieren en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, queda vedada la posibilidad de instaurar contra ellos una querella por injuria, difamación o calumnia, cuan-

9) Marcos Riera Hunter, op. cit., p. 30.

do las opiniones sean emitidas en las circunstancias señaladas. La citada inmunidad debe ser interpretada en forma amplia y absoluta, y la protección es definitiva, perpetua, vitalicia y no cesa por el hecho de que el magistrado deje de serlo (10).

Acerca de la inmunidad de opinión, M. Riera Hunter opina lo siguiente:

La argumentación, nota esencial e inexcusable de las sentencias judiciales, impone a los órganos jurisdiccionales la necesidad insoslayable de emitir una serie de juicios, afirmaciones, opiniones, estimaciones, valoraciones y criterios diversos respecto de situaciones de hechos y de derecho que están destinados a servir de fundamento a las sentencias judiciales ... Tal función juzgadora obliga, como se dijo, al Magistrado a formular una serie de dichos, afirmaciones y conceptos que pueden eventualmente afectar a las personas involucradas directa o indirectamente en la causa, y es por ello por lo que a fin de prevenir y evitar las reacciones negativas, como represalias, presiones o molestias que pudieran perturbar la función jurisdiccional, las legislaciones constitucionales modernas consagran expresamente la inmunidad de opinión del Magistrado Judicial de la misma manera y con el mismo fundamento y alcance con que se la consagra en beneficio de los legisladores ...

No es extraño que en una resolución judicial se afirme que una de las partes (o ambas) han actuado con dolo y mala fe; que se han enriquecido ilícitamente; que han incurrido en hechos supuestamente delictuosos, o que llevan una vida personal desarreglada, con inclinación a la bebida, las drogas u otros vicios de moralidad, etc. Tales afirmaciones, aunque se refieran al honor y a la fama de las personas no pueden constituir delito de difamación y calumnia por cuanto que el órgano jurisdiccional está obligado a formular muchas veces tales opiniones como fundamento de sus decisiones ...

El lenguaje utilizado por el Juez en los fallos es discrecional de cada órgano en particular, y su contenido depende en último grado de la discreción, seriedad, circunspección y prudencia que son presupuestos necesarios de la función judicial ...(11).

---

10) La inmunidad de opinión de los magistrados judiciales está consagrada en la Constitución paraguaya en los siguientes términos: *Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones* (Art. 255, 1a. parte).

11) M. Riera Hunter, op. cit., pp. 231-233.

Ultimamente se ha intentado sostener que la protección que brinda la inmunidad de opinión a los magistrados judiciales, debe entenderse como referida sólo al ámbito penal, en los términos que acabamos de señalar. Esto significa que de las opiniones de los juzgadores en el ejercicio de sus funciones, podría derivar responsabilidad en el ámbito civil. Entonces, si bien está descartada toda acción penal, cabría, sin embargo, la posibilidad de iniciar una demanda por indemnización de daños y perjuicios.

A nuestro criterio, la inmunidad de opinión debe ser interpretada en el sentido amplio de que las opiniones emitidas por los magistrados en sus resoluciones (providencias, autos interlocutorios o sentencias definitivas), durante el transcurso de una audiencia o juicio oral, etc., no darán lugar a ningún tipo de responsabilidad siempre que se trate del ejercicio regular de sus funciones.

Es decir, la responsabilidad sólo podrá surgir cuando exista ejercicio irregular. Como expresa Guido Santiago Tawil: “Su responsabilidad ... se limitará ... a los daños que pudiera haber causado como consecuencia de su obrar irregular” (12).

El ejercicio irregular de funciones es requisito indispensable para que pueda existir responsabilidad. Tal extremo debe ser declarado por el órgano competente para hacerlo según la Constitución y la ley, y por el procedimiento establecido de igual modo.

Sólo así puede quedar determinado el ejercicio irregular de funciones de parte de magistrados judiciales, lo cual hace nacer la responsabilidad civil de los mismos. Si este paso no estuviere cumplido, ninguna demanda que pretendiere hacer efectiva la responsabilidad civil del magistrado por dicha causal puede prosperar.

En cuanto a la inmunidad de arresto o detención, la regla general es que ningún magistrado judicial puede ser detenido o arrestado. La excepción suele ser la flagrancia en la comisión de delitos o crímenes (13).

---

12) G. S. Tawil, La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, Bs. As., Ed. Depalma, 1989, p. 142.

13) La inmunidad de arresto o detención de los magistrados judiciales está consagrada en la Constitución paraguaya en los siguientes términos: *No podrá ser detenido o arrestado sino en caso de flagrante delito que merezca*

La inmunidad de proceso protege al magistrado contra la posibilidad de ser sometido a proceso penal directamente. Implica la existencia de un procedimiento previo mediante el cual se le priva de esta inmunidad y se autoriza su sometimiento a la justicia penal ordinaria. Dicho procedimiento puede ser un juicio político u otro específico legislado al efecto.

En relación con la inmunidad de proceso o antejuicio, la Constitución guatemalteca contiene el Art. 206 que dice: *Los magistrados y jueces gozarán del derecho de antejuicio en la forma que lo determine la ley. El Congreso de la República tiene competencia para declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el Presidente del Organismo Judicial y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.*

Corresponde a esta última la competencia en relación a los otros magistrados y jueces.

En el Paraguay, los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo pueden ser sometidos a proceso penal, después de haber sido destituidos del cargo como consecuencia de un juicio político en que hubieren sido hallados culpables de la comisión de delitos o crímenes (Art. 225 Cn.). Los magistrados de las instancias inferiores sólo pueden ser sometidos a proceso penal, cuando la acusación contra los mismos fuere la comisión de delitos o crímenes, después que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados lo autorice.

D. Las incompatibilidades judiciales

Las incompatibilidades judiciales constituyen una garantía judicial por medio de la cual se pretende lograr, por una parte, la imparcialidad del magistrado, y por la otra, la contracción a la función jurisdiccional evitando que la realización de otras actividades, lucrativas o no, en forma paralela, pueda dar lugar a la dispersión.

En este sentido, por lo general, se establece que los magistrados no pueden participar en actividades políticas y partidarias, ejercer actividades profesionales, comerciales o industriales, o empleos públicos o privados. La

---

pena corporal. Si así ocurriese la autoridad interviniente debe ponerlo bajo custodia en su residencia, comunicar de inmediato el hecho a la Corte Suprema de Justicia, y remitir los antecedentes al juez competente (Art. 255, 2ª parte).

excepción más comúnmente admitida es el ejercicio de la cátedra a tiempo parcial.

Al respecto, la Constitución paraguaya prescribe lo siguiente:

Art. 254: *Los magistrados no pueden ejercer, mientras duren en sus funciones, otro cargo público o privado, remunerado o no, salvo la docencia o la investigación científica, a tiempo parcial. Tampoco pueden ejercer el comercio, la industria o actividad profesional o política alguna, ni desempeñar cargos en organismos oficiales o privados, partidos, asociaciones o movimientos políticos.*

Hemos aludido a diversos aspectos de la independencia del Poder Judicial con la intención de reflexionar acerca de algunas figuras o instituciones novedosas y, fundamentalmente, para advertir de los peligros que algunas de estas innovaciones pueden significar para dicha independencia, la cual, sin duda alguna, es imprescindible para la existencia de un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFIA

Duverger, M. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona-España, Ediciones Ariel, 1970.

Lambert, J. *América Latina*, Barcelona-España, Ediciones Ariel, 1978.

Lezcano Claude, Luis. *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, Asunción, La Ley Paraguaya S.A., mayo del 2000.

Lezcano Claude, Luis. *Inmunidades de los magistrados judiciales*, en Veritas, Revista de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay, Asunción, Año 3 - Nº 3, julio de 2001.

Lezcano Claude, Luis. *La reforma a la Constitución de 1992: Algunos temas para la discusión*, en Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", Asunción, CEPUC, t. I, 2001.

Ramírez, Manuel. *El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados*, en Comentario de la Constitución, Homenaje al Décimo Aniversario, Asunción, Corte Suprema de Justicia, t. II, 2002.

Riera Hunter, Marcos. *La independencia del Poder Judicial. Derecho paraguayo y comparado,* Asunción, La Ley Paraguaya S.A., 1991.

Riera Hunter, Marcos. *Principio de inamovilidad judicial,* en Comentario de la Constitución, Homenaje al Décimo Aniversario, Asunción, Corte Suprema de Justicia, t. II, 2002.

Tawil, G. S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia,* Bs. As., Ed. Depalma, 1989.

Constituciones

Constitución argentina de 1994.
Constitución boliviana de 1967.
Constitución brasileña de 1988.
Constitución colombiana de 1991.
Constitución costarricense de 1949.
Constitución ecuatoriana de 1998.
Constitución salvadoreña de 1983.
Constitución guatemalteca de 1985.
Constitución mexicana de 1917.
Constitución panameña de 1972.
Constitución paraguaya de 1992.
Constitución peruana de 1993.
Constitución uruguaya de 1966.
Constitución venezolana de 1999.

PROTECCION JURIDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Por Irma Alfonso de Bogarín (*)

INTRODUCCION

El reconocimiento de la tutela jurídica de las personas con discapacidad se va abriendo paso lenta y trabajosamente.

Como precedente muy importante en el ámbito internacional se puede mencionar *"La Declaración de Derechos del Minusválido"* (1).

En el Preámbulo de esta Declaración se puntualiza, entre otras cuestiones, la necesidad de prevenir la incapacidad física y mental, amén de ayudar a los discapacitados a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como a fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal.

Tras proclamar a lo largo de los primeros artículos que el discapacitado, sin excepción ni discriminación alguna, debe gozar de todos los derechos enunciados en la Declaración, en el artículo 6 hace mención expresa a su derecho de recibir atención médica, sicológica y funcional, a la readaptación médica y social, a la educación, a la formación y readaptación profesional y a todos los servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes que aceleren el proceso de su integración social.

En esta Declaración, se alude por primera vez en el ámbito internacional a la existencia e importancia de las asociaciones de minusválidos, al de-

*) Integrante del Tribunal Penal de la Adolescencia. Asunción - Paraguay

1) Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

clarar en el artículo 12 que *"las organizaciones de minusválidos podrán ser consultadas con provecho respecto de todos los asuntos que se relacionen con los derechos humanos y otros derechos de los minusválidos"*.

Corresponde destacar que la Declaración también trae esta novedad: *"el deber de información al minusválido, a su familia y a toda la comunidad de los derechos enunciados en la propia Declaración"*.

CONSTITUCION NACIONAL

Aparece acertadamente recogido en nuestra Carta Magna aspectos importantes de la Declaración en el artículo 58 al prescribir: *"Se garantiza a las personas excepcionales la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social.*

El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran.

Se les reconocerá el disfrute de los derechos que esta Constitución otorga a todos los habitantes de la República, en igualdad de oportunidades, a fin de compensar sus desventajas".

En el primer párrafo consagra manifiestamente la garantía a la atención de su salud, educación, recreación y de su formación profesional para una plena integración social.

En el segundo párrafo, el Estado se obliga a organizar una política sanitaria moderna de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados.

En el último párrafo, les reconoce explícitamente el goce y disfrute de los derechos que la Constitución otorga a los habitantes de la República, a fin de compensar sus desventajas.

Aunque, éste sea el artículo que específicamente la Constitución consagra a favor de las personas excepcionales, conviene señalar que al regular los derechos laborales, hace mención específica a su protección especial al prescribir: "El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado". Se advierte así el patente deseo de evitar cualquier tipo de discriminación o de desigualdad.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Nuestro país ha ratificado varios instrumentos jurídicos internacionales que protegen los derechos de los discapacitados tendientes a lograr la plena integración social de los mismos.

Estos instrumentos con su ratificación gozan de jerarquía cuasiconstitucional conforme el artículo 137 de la Constitución Nacional (2). Entre ellos podemos mencionar:

a) Convención Americana sobre Derechos Humanos – Ley 1/89

Con relación al tema que nos ocupa, enuncia en su artículo primero entre otros deberes de los Estados Partes el respeto y la garantía del pleno ejercicio de los derechos reconocidos; y en el artículo segundo se establece el compromiso de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos derechos y garantías mencionados en el Pacto (3).

---

2) Constitución Nacional, artículo 137: "La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y 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. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".

3) Ley 1/89 "Convención Americana sobre Derechos Humanos", artículo 1°: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

Artículo 2°: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1° no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención,

En el artículo 24 prescribe: *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"*.

La idea fuerza de esta norma es asegurar a todos los habitantes del país el efectivo goce de su igualdad ante la ley.

No es el primer instrumento por el cual nuestro país se encuentra obligado a adoptar medidas idóneas a fin de dar efectividad a los derechos de las personas con desafíos diferentes.

En el campo específico de la niñez se ha ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño – Ley 57/90 (4).

Este instrumento en su artículo 23 establece: *1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 será gratuita que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios en forma conducente a que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de la información sobre los mé-*

---

las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

4) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

todos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Mediante esta Convención, los Estados Partes han reconocido que el niño con discapacidad tiene derecho a recibir cuidados especiales, y el derecho a disfrutar de oportunidades de esparcimiento a fin de lograr su integración social y su desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual.

c) Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad – Ley 1925/2002

El 19 de junio de 2002 se promulgó en nuestro país la ley 1925, mediante la cual se incorporó a nuestro derecho interno la "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad", suscripta en Guatemala el 7 de junio de 1999.

A través de este tratado la República del Paraguay se ha comprometido: *"Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad"*

Como puede observarse, con buen criterio el Tratado no se queda en un primer escalón: la lucha contra la discriminación; sino además sube un segundo: la **plena integración** en la sociedad.

Resulta significativo observar que en su artículo tercero la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, establece: "*que los Estados Partes se comprometen a: Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad. Para este efecto es fundamental que el Estado adopte:*

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entida-

des privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad,

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presenten Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles

b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad

c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad".

Lo más descollante y loable del espíritu de este precepto es la superación de los criterios puramente asistencialistas, por una política más compleja, profunda y comprometida en la que convergen las medidas preventivas, campaña de educación a la población para la sensibilización en la inteligencia de que la ignorancia y la indiferencia son factores sociales que han excluido a las personas con necesidades diferentes y han retrasado su desarrollo, buscando así la mejor y más deseable integración social de los discapacitados en cualquiera de sus modalidades.

LEYES DE ORIGEN INTERNO

Buscando la mejor y más deseable integración social de las personas con discapacidad se han formulado otras leyes:

LEY 780/7

Crea el Instituto Nacional de Protección a personas excepcionales (INPRO) que tiene por misión: *"Proteger en forma integral a las personas excepcionales a fin de neutralizar las desventajas que su condición les provoca, y les den oportunidad, mediante su propio esfuerzo, de desempeñar un rol equivalente al que ejercen las personas normales"*.

Entre las funciones de este instituto se pueden mencionar:
1) Protección jurídica contra toda forma de discriminación, abandono, explotación y trato cruel o degradante y, para que puedan ejercer los derechos y gozar de las garantías consagradas en la Constitución Nacional.

2) Prestación de servicios de rehabilitación, diagnóstico, educación, trabajo, residencia u hogar.

3) Gestión para la incorporación de la protección integral de las personas excepcionales a los planes nacionales de educación, salud, trabajo y legislación.

4) Apoyo a toda forma de iniciativa tendiente a la prevención.

5) Promoción y realización de formación de personal especializado.

6) Difusión de material educativo e informático.

Esta institución depende del Ministerio de Educación y Cultura (5).

LEY N° 122/90 "QUE ESTABLECE DERECHOS Y PRIVILEGIOS PARA LOS IMPEDIDOS"

Del plexo normativo se desprende la doble finalidad del legislador al sancionar esta ley: Establecer mecanismos de protección, por un lado, frente

5) Atención integral a niños, niñas y adolescentes con discapacidad; material publicado por Global Infancia, setiembre - 2000.

a las discriminaciones que se puedan verificar en la orbita de sus derechos, y por el otro, efectivizar sus derechos obligándose el Estado a proveer gratuitamente la readaptación social y educación diferencial en todos los niveles para la formación profesional.

LEY 1680/01 - CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El Código de la Niñez y la Adolescencia contempla fundamentalmente la protección y tutela del niño y adolescente con necesidades especiales desde la óptica de su educación, atención y rehabilitación.

Tales derechos se prevén en el artículo 22 que dice textualmente: *"El niño y el adolescente con discapacidad física, sensorial, intelectual o emocional, tienen derecho a recibir cuidados y atención adecuados, inmediatos y continuos, que contemplen estimulación temprana y tratamiento educativo especializado, tendiente a su rehabilitación e integración social y laboral, que le permitan valerse por sí mismos y participar de la vida de su comunidad en condiciones de dignidad e igualdad. En ningún caso se permitirá la discriminación o el aislamiento social de los afectados".*

Reconoce explícitamente otros derechos específicos. Así el artículo 23 señala: *"Es obligación del padre, la madre, el tutor o el responsable del niño o adolescente con necesidades especiales, acompañarlo cuantas veces resulte necesario a los institutos habilitados para prestarle servicios de atención y rehabilitación adecuados. La persona que esté en conocimiento de la existencia de un niño o adolescente con necesidades especiales que no reciba tratamiento, debe comunicarlo a las autoridades competentes".*

PROYECTO DE LEY

Las personas con discapacidad, por sus especiales características constituyen un sector vulnerable y necesitado de protección especial.

El Congreso de la nación paraguaya, consciente de la responsabilidad asumida con la ratificación de instrumentos internacionales, tiene con media sanción la ley que ESTABLECE LA OBLIGATORIEDAD DE LA INCORPORACION DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS INSTITUCIONES PUBLICAS para la efectividad de unos de sus derechos fundamentales".

El texto es como sigue: EL CONGRESO DE LA NACION PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY

Artículo 1°.- Todos los organismos del Estado paraguayo, sean ellos del Poder Central, entes descentralizados, así como de las gobernaciones y municipalidades que cuenten con cincuenta o más funcionarios, mantendrán dentro de su plantel de personal un porcentaje de personas con discapacidad, que no será menor al 2% del total de sus funcionarios.

Artículo 2°.- A las personas con discapacidad que accedan a la función pública en virtud de esta Ley, se les asignarán funciones específicas acordes con su capacidad e idoneidad.

Artículo 3°.- Las personas con discapacidad incorporadas percibirán los mismos salarios y gozarán de los demás beneficios, que por idéntica función corresponda a los funcionarios sin discapacidad.

Artículo 4°.- El responsable de la institución que no cumpliere con lo previsto en el Artículo 1°, será sancionado con una multa de treinta jornales mínimos para actividades diversas no especificadas en la República y suspendido en el cargo, sin goce de sueldo, de hasta treinta días. El importe de la multa será percibido por la Secretaría de la Función Pública y transferido al Ministerio de Hacienda. En caso de reiteración, el responsable será destituido.

Artículo 5°.- La Secretaría de la Función Pública será la responsable de hacer cumplir lo establecido en la presente Ley. Establecerá los mecanismos adecuados para la recepción de las denuncias de los afectados. La Secretaría deberá pronunciarse en un plazo de treinta días respecto de la denuncia recibida, caso contrario, será considerada denegada y el afectado podrá recurrir a lo contencioso – administrativo dentro del plazo de cinco días hábiles.

Artículo 6°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo

CONSIDERACIONES FINALES

Hemos reseñado brevemente los instrumentos jurídicos de origen nacional e internacional que reconocen derechos especiales a favor de las personas con discapacidad y el compromiso que asume el Estado paraguayo de garantizar los derechos reconocidos; debiendo para ello adoptar políticas económicas, sociales, educativas y culturales apropiadas a fin de otorgar efectividad a los mismos.

Vivimos en una sociedad particularmente injusta, donde imperan las desigualdades.

Las herramientas brindadas son apropiadas y útiles, pero ellas resultarían inocuas si no van acompañadas de actitudes solidarias y comprensivas de los miembros de la familia y la sociedad con el fin de lograr que en la realidad de sus vidas cotidianas, sean tratados con la dignidad que se merecen, que les permitan su plena integración social como ciudadanos proactivos. ¡Que así sea!

BIBLIOGRAFIA

Constitución Nacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos – Ley 1/89

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño Ley 57/90

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad – Ley 1925/2002

Ley 780/7

La Ley 122/90 "Que establece derechos y privilegios para los impedidos"

Ley 1680/01 "Código de la niñez y la adolescencia"

"Atención integral a niños, niñas y adolescentes con discapacidad". Material publicado por Global Infancia, setiembre - 2000.

LA CENSURA Y LA AUTOCENSURA COMO OBSTACULOS PARA LA INTEGRACION Y EL DESARROLLO

Por Carlos Marcial Russo Cantero (*)

Antes de definir el alcance de los efectos de las autocensuras, creemos conveniente referirnos también a la Censura como factor negativo para el desarrollo de un país, **aclarando que su impacto es menor que el de la autocensura, porque ésta no deriva en forma directa de la presión o intervención de alguna autoridad como el caso de la censura,** sino más bien **es una forma de manifestación corrupta de la voluntad de la persona,** operada contra sus propias convicciones para el logro de alguna ventaja coyuntural o por temor como sucedió cotidianamente durante el imperio de las dictaduras en nuestro país.

A través de este estudio, implementado en base a una metodología combinada, inferimos que la **AUTOCENSURA** es una dimensión de la Teoría de la **DEPENDENCIA** y que ella proyecta un efecto distorsionante y negativo sobre la sociedad. Por esta razón creemos necesario tratarla como una nueva **TEORIA POLITICA** de origen sicológico.

La consideramos política porque sus efectos impactan en la organización social y sicológica, porque deriva de una actitud humana con proyección y efecto también social. Así mismo la consideramos alienante y negativa, porque vista desde la óptica de la Ciencia Política, ella se aparta de la moral social y no recurre a esa fuente, para recibir de la misma los primeros principios para el obrar. En el mismo orden, al confrontarla con la teoría democrática de Estado, que preconiza una forma de convivencia centrada en la **Justicia y la Libertad,** notamos que la AUTOCENSURA atenta también contra la

*) Profesor Asistente de Derecho de la Integración del Tercer Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA.

misma, al facilitar una continua y degradada forma de comportamiento humano, que estimula antivalores, justifica la gestión de gobiernos autoritarios y **retarda la acción de los nuevos Paradigmas emergentes.** Que en este nuevo tiempo, ya están operando en la construcción de un nuevo modelo de sociedad que privilegia la integración comunitaria y la prevalencia de fundamentales valores democráticos, como los derechos humanos y la cultura cívica y ecológica.

Deducimos también que esta dimensión teórica constituye una nueva fuerza determinante de otras formas de dependencia, al menos en la amplia región latinoamericana, desde una visión específica de país (Paraguay).

Esbozamos este ensayo como base a la evolución histórica de la cultura especialmente política, predominante a partir de la segunda mitad del siglo veinte y gracias a este estudio encontramos una sólida justificación para sugerir al mundo científico una nueva teoría, en la convicción de que nuestra actual cultura política y las dimensiones humanas de su construcción, fueron mediatizándose gradual y sistemáticamente por causa de la AUTOCENSURA, cuya investigación buscamos profundizar en base a sus tres conocidas formas, llamadas: **la Autocensura de la Gestión, de la Palabra y del Pensamiento.**

LA AUTOCENSURA DE LA GESTION

Durante casi tres décadas, la persona humana empezó a sentir con obsesiva insistencia una censura a su gestión. ***El no hacer se establecía como norma de convivencia y seguridad;*** siempre existía alguien (persona, instituciones u otros organismos) más idóneo para realizar la acción. Esto fue produciendo un proceso de debilitamiento de la capacidad de gestión, que concluye inexorablemente en la ***Autocensura de la Gestión.*** Estado éste en el que **no cabe la autonomía en el nivel personal, profesional y mucho menos en cuanto a la participación ciudadana.** Se realizan tareas sin trascendencia, por encargo de los que tienen el privilegio de monopolizar el gerenciamiento de lo público y aun en el nivel privado.

LA AUTOCENSURA DE LA PALABRA

La marcada tendencia a la inacción produce efectos directos en la capacidad individual y colectiva de la ciudadanía. Las contadas excepciones de rompimiento de esta autocensura eran sometidas a ejemplificadoras reacciones de parte de los censores oficiales, a veces el Estado y en otras

particulares o instituciones a las cuales se le delegaba una parte de la cuota de poder de gestión. Este proceso fue deteriorando el sistema de reacciones del individuo y la sociedad, la que maniatada por su incapacidad de actuar, empieza a sentir un seguro cercenamiento de otra importante dimensión de su libertad, la expresión: sea hablada o escrita; como nunca la palabra era censurada, filtrada o simplemente abortada, si no distorsionada.

Muy pronto esta situación culmina, casi imperceptiblemente, con la ***Autocensura de la Palabra.***

Luego de los dos estadios de Censura y Autocensura descritos, era absolutamente predecible que el vaciamiento experimentado por el individuo y la sociedad produjera la herida más grave y determinante, tanto al hombre como a la sociedad, en relación a su natural condición de racionalidad y distintivo humano.

De esta forma la sociedad, el hombre y su propio pensamiento fueron conducidos inercialmente, sin demasiada censura a la **Autocensura del Pensamiento,** caracterizada por una profusa manifestación de mensajes vacíos de contenidos, cargados de liviandad y excedidos de intrascendencia. ***La casualidad*** sustituye a la ***causalidad,*** y el hombre paraguayo, junto a sus pares latinoamericanos, transita por un total voluntarismo, sin principios o ideologías propias; y aun las prestadas parecían genuinas de aquellos que por sus propias autocensuras reinterpretaban la señal de los tiempos de una manera antojadiza y a plena satisfacción de los censores del pensamiento, desde algún centro de poder nacional o internacional.

CAUSAS Y EFECTOS DE ESTA CULTURA POLITICA DECADENTE

Sabemos que la cultura política es la mediación de las prácticas políticas y las experiencias sociales, y más precisamente: la producción y reproducción de las concepciones que elabora una sociedad acerca de los fines de la política y específicamente de la representación de la misma frente a la sociedad.

Como en casi toda Latinoamérica, en nuestro país la cultura política fue siempre producto del autoritarismo excluyente, personalista, clientelista y estatista. No lo decimos exclusivamente con relación al Gobierno como tal, sino respecto a aquella praxis que hace carne en la sociedad, y en el propio pueblo.

Desde esta perspectiva, buscaremos la relación ***causa – efecto*** entre la cultura política existente y el proceso sociopolítico que denominamos **de las tres autocensuras y la censura.**

A medida que las censuras y autocensuras de la gestión, de la palabra y del pensamiento se fueron manifestando en el interior de la sociedad civil y la sociedad política, como reflejo determinado de aquella, fueron permeabilizando su ideología, su estructura y su metodología, con sus voraces efectos destructivos.

El propio tejido de valores, ideales y doctrinas de los partidos políticos fue contaminándose de la gestión anodina, primero; de la expresión reprimida y distorsionada después y del vaciamiento de toda forma de pensamiento, para finalmente estar, hoy, en el país y en gran parte de Latinoamérica frente a una aguda crisis de ***empobrecimiento político, social y económico.***

En el plano de la descripción de algunos de los **"atributos"** de la deficiente cultura política vigente, **nos referimos también a la exclusión como faceta singular de la intolerancia, fundamentada en la separación del otro o los otros; de participar e incluso de tener derechos a hacerlo, desde la perspectiva del poder; los excluidos pueden integrarse sólo a condición de aceptar las reglas que el poder dictamine que, en última instancia significa *dejar de ser diferente.***

El personalismo en lo político se entiende como una tendencia a enfatizar las cualidades individuales del líder y a desatar la confianza interpersonal por sobre la ideología abstracta o la adhesión a doctrinas específicas. Esto fomenta la formación de gobiernos autoritarios y refuerza la idea de que la mejor forma de servir al interés nacional es a través del liderazgo paternalista (Roett & Menéndez 1979).

En este contexto, el clientelismo y el personalismo se identifican en el ***caudillismo*** donde el líder posee el control absoluto y directo de los recursos que los obtiene para sí y sus seguidores, a quienes exige *lealtad* personal a cambio de ***patronazgo.***

Finalmente, la ideología o cultura estatista refuerza el rol del Estado o gobierno como centro dinámico de la sociedad, con la pasividad complaciente de la sociedad civil.

CON BASE A LO EXPUESTO CONCLUIMOS AFIRMANDO

Que esta somera descripción de una cultura política, en vías de extinción, más por causas de necesidad de cambio, que por voluntad política, dibuja a cuerpo entero los efectos de la cadena enlazante de las tres autocensuras que sutil y pertinazmente fue fagositando las facultades fundamentales del hombre, como ser político: ***la de pensar, como diseño y orientación de la libertad; la de expresarse, como manifestación de su racionalidad; y la de actuar, como atributo de su capacidad de intervenir positivamente sobre la sociedad.***

Que se necesita construir una cultura política diferente, que ayude a una sana participación política, al progreso de la integración regional Mercosur y reconozca a la educación cívica y ecológica como extraña a la contracultura cotidiana, basada en la distorsión de conceptos jurídicos fundamentales, la corrupción y el autoritarismo cotidiano.

Que divisando las líneas maestras del proyecto contracultural, el de las autocensuras, la cultura que deseamos y necesitamos es ***democrática*** y consiguientemente ***participativa,*** de un amplio pluralismo, sin jerarquías; que deberá tener como una de sus principales tareas reelaborar el pasado y evitar la excesiva ideologización, **buscando por el contrario ser instrumento para facilitar y apoyar o consolidar una apertura y transición definitiva hacia la democracia.**

Que la censura más la autocensura, representada en los tres estadios involutivos analizados, conforman un tejido que solo por efecto de un proceso cultural y de la educación, como compromiso de todos, se puede revertir. Esta reversión solo es posible realizar gradualmente, y en sentido inverso a su propia construcción como fenómeno sociocultural en un proceso de de construcción y reestructuración cultural. Esto es, debe la recuperación ***del pensamiento, como diseño de la expresión de libertad; pasando por la palabra, como manifestación de la racionalidad; hasta concluir con la capacidad de gestión, como demostración del potencial creativo y de intervención positiva sobre la sociedad y su entorno.***

ASOCIACION INTERNACIONAL MERCOSUR DE JUECES DE LA INFANCIA Y LA JUVENTUD (AIMJIJ)

Por José Luis Heid

La asociación se fundó con la firma del "Acta de Asunción", en la Capital del Paraguay, el 10 de diciembre del año 1997 a las 16:00 en la Sala de Acuerdos del Tribunal de Apelación de Menores ubicado en el 9° piso del Palacio de Justicia de las calles Alonso y Testanova bajo la Presidencia del Prof. Dr. Celmilo José Evangelista Gusmao, Presidente de la Asociación Brasileña de Magistrados de la infancia y la juventud y la Secretaría de la Prof. Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, Presidenta de la Asociación Paraguaya de Magistrados de la Infancia y la Adolescencia.

El 15 de diciembre de ese año se registró la Asociación en la ciudad de Brasilia, en adelante sede de la misma, obteniendo su personería jurídica como Organismo Internacional que nuclea a todos los magistrados de la jurisdicción de la infancia y la juventud de los países miembros, a saber: Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina. Fueron designados Presidentes honorarios permanentes los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicias de los respectivos países.

Como fines fundamentales se destacan la participación plena en igualdad de condiciones entre las Asociaciones Nacionales miembros, para capitalizar opiniones y coordinar las diversas propuestas de actualización, perfeccionamiento, capacitación y las reformas en la legislación específica del derecho del menor en los respectivos países, como así también, la permanente realización de estudios para la complementación del trabajo en ejecución mediante la instalación de una Comisión Supra Nacional para la elaboración de las reglas y normas mínimas aplicables a la justicia de la infancia y la juventud en los países integrantes de la región.

El 1er. Congreso Internacional de la AIMJIJ se realizó del 19 al 21 de marzo del año 1998 en la ciudad brasileña de Salvador, capital del Estado de Bahía.

En la reunión de la Dirección y el Consejo de la AIMJIJ realizada en la ciudad de Asunción el día 3 de noviembre del año 1998, se resolvió que las Asociaciones similares de Chile y Bolivia también integrarán esta Asociación Internacional, completándose así todos los países del Cono Sur, siendo ratificada plenamente y por unanimidad en el 2° Congreso Internacional realizado en la ciudad brasileña de Pernambuco en el mes de julio del año 2001, oportunidad en que fue electa Presidenta de la AIMJIJ la Prof. Dra. *Alicia Pucheta de Correa*, Magistrada del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de Asunción, Paraguay.

DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LOS PAISES DEL MERCOSUR DESDE LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO HASTA LA FILIACION DESDE EL DERECHO A LA FAMILIA A LA NACIONALIDAD (*)

Por Alejandro C. Molina (**)

I. UBICACION DEL TEMA

a) Derechos fundamentales de la persona humana

Dentro de una enumeración de derechos de contenido extrapatrimonial, reconocidos como de una jerarquía superior en orden a los valores de toda organización social con un destino de bien común, respecto de los derechos de contenido patrimonial, la doctrina moderna se ha detenido en este último siglo que concluyera recientemente, a tratar de caracterizar ciertas prerrogativas jurídicas que concurren a determinar al ente personal en su individualidad, como son el nombre, el estado, la capacidad, el domicilio y el patrimonio. También, a definir ciertos derechos que se han descripto como absolutos en alguna medida en cuanto constituyen el fundamento de la personalidad, al extremo de que su privación pone en riesgo la noción misma de persona. Nos referimos a los "derechos fundamentales de la persona humana", como el derecho a la vida, al honor, a la intimidad, a la identidad, a la salud, a la libertad o, como síntesis de todos ellos, al derecho a la dignidad.

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Defensor Público de Menores ante los Tribunales de Segunda Instancia, Buenos Aires, República Argentina

Una persona sin nombre o sin domicilio, en general es una persona indefinida respecto de su situación individual y social, que puede ser fácilmente confundida con otra o cuya vida en sociedad puede verse seriamente afectada, justamente por su insuficiente determinación personal. En tanto, que si de lo que carece o lo que no se le reconoce es su vida, su honor, su identidad, su dignidad, su riesgo es sustancialmente mayor porque en este caso es la integridad personal lo que está en crisis, perder la vida o la dignidad, es perder la condición humana. En este caso la muerte está al acecho.

A quien se le nieguen estos últimos derechos podrá subsistir como individuo, pero no como persona.

El primer grupo de derechos que hemos mencionado son los “atributos de la personalidad”, que conceptualizamos como calidades dependientes e inseparables de la persona, que la determinan en su individualidad. Se los caracteriza como inherentes a la persona, aunque desde ya señalo que ello no es exclusivo de los atributos, como lo han planteado algunos autores, ya que la noción de inherencia personal alcanza a otros derechos, como los ya mencionados derechos fundamentales de la persona humana, así como los que configuran ciertas acciones de estado que sólo pueden ser promovidas por su titular -tal el caso de la acción de impugnación a la paternidad matrimonial promovida por el hijo-, y aquellos que no son transmisibles a los herederos del acreedor, entre otros.

El segundo grupo es el que nos ocupará en la presente propuesta. Me refiero a los “derechos fundamentales de la persona humana”, también llamados “derechos personalísimos” o, en algunos ámbitos, derechos humanos.

El concepto de estos derechos, que la doctrina más moderna denomina “derechos personalísimos” o “derechos de la personalidad” y que en la región han difundido respectivamente a través de sus obras autores como Cifuentes, en Argentina y Fernández Sessarego, en Perú, corresponde a derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse, ni disponerse en forma absoluta o radical. Agregamos que son oponibles “erga omnes” y corresponden a toda persona, por su condición de tal, desde que está concebida hasta su muerte. La persona no puede ser privada de estos derechos por acción de cualquier naturaleza, ni siquiera legislativamente, por parte del Estado, ni por acción de los particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

b) Caracteres

El reconocimiento de los derechos personalísimos en toda comunidad organizada se constituye en el medio jurídico más eficaz para la defensa de la persona en su dignidad, su vida, su libertad, su identidad, su salud, su honor, que encierran, como se dijo, valores que prevalecen sobre cualquier otro de contenido patrimonial.

Se los ha caracterizado como "derechos del hombre sobre sí mismo". Son derechos subjetivos privados que nos garantizan el goce de nosotros mismos; a través de ellos ejercemos un señorío sobre nuestras propias personas.

Nacen con el hombre y terminan con él; no puede sostenerse la existencia de la persona sin su reconocimiento, ni puede admitirse su absoluta disposición. Su reconocimiento lo es a nivel de las relaciones comunes de carácter privado de las personas entre sí. Se aclara que cuando se analiza el deber del Estado de garantizar estos derechos, como deber propio de esa persona jurídica frente a las personas en general, se lo hace en el ámbito de los denominados "derechos humanos" antes que estos derechos personalísimos, aunque se coincida en el objetivo común de asegurar los valores que cada uno de esos derechos encierra.

En síntesis, lo que caracteriza a los derechos personalísimos es que ellos son innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, privados, relativamente indisponibles por su titular y absolutamente indisponibles por terceros, con la salvedad en este punto de lo que diremos sobre los derechos del niño.

Garantizan la integridad de la persona en sus tres aspectos fundamentales, la integridad espiritual, la integridad psicofísica y la integridad de su libertad y son los primeros en un orden jerárquico de derechos civiles, vale decir que en caso de conflicto de uno de esos derechos frente a otros, siempre han de prevalecer las decisiones que aseguren su plena vigencia.

Desde ya señalo que no obstante todo lo anterior, en el mundo actual también se desarrolla una noción laxa de estos derechos, llegando a caracterizarse como derechos personalísimos a algunas manifestaciones de la vida social que no configuran derechos subjetivos: como el llamado "derecho a procrear o a tener un hijo" con independencia del fin, del medio o la forma con que esa procreación se concrete, o el supuesto "derecho a la definición sexual o al transexualismo" o el confuso "derecho a nacer sano" que general-

mente se trata como apéndice de los problemas derivados de la manipulación de la vida humana naciente.

c) Trascendencia del tema en los Derechos del Niño

La novedad que configura el desarrollo de cada uno de los "derechos personalísimos" en particular respecto de las personas en general, lo es mayor aun con relación a esas personas que el derecho ha definido como personas por nacer y personas menores de edad, que al día de hoy, como consecuencia de influencias sociológicas, se denominan niños y adolescentes.

En Argentina al aprobarse la Convención sobre los Derechos del Niño, por ley 23.849 se aclara el Art. 1 de la misma, en el sentido que para el país la noción "niño" se refiere a toda persona desde su concepción hasta los dieciocho años de edad.

En efecto, si bien es cierto que la vida, la salud y demás derechos que responden a los caracteres enunciados, en principio son derechos que deben reconocerse a la niñez y cabe destacar el esfuerzo importante que efectúa la sociedad en su conjunto, así como muchas familias en particular para su amparo, también lo es que una mirada un poco más aguda nos va a mostrar demasiadas excepciones para el dolor de muchos niños y adolescentes.

Una concepción individualista del derecho, ignorante del bien común como concepto básico, que campea en desarrollos de las ideas de la vida social y política del mundo actual, ha puesto en crisis los derechos personalísimos de los niños desde el mismo momento de su concepción.

En la sociedad individualista y consumista el niño no vale por lo que es, sino por lo que consume.

Considerando esa mirada se advierte que para muchos de los que nos rodean haber nacido ha configurado una "aventura", porque a duras penas han podido superar la tentación del aborto por parte de sus padres o del medio en que debieron desarrollarse. Aborto que se pretende justificar de las más variadas maneras y formas, siempre desde la perspectiva de los mayores, pero nunca desde el derecho a la vida que todo niño tiene. Su desarrollo se encuentra demasiado condicionado por circunstancias que en modo alguno pueden ponerse en cabeza de ellos, como la pobreza, el nivel de educación, etc.

La salud no es un derecho que se reconozca a los niños en plenitud. Ello se comprueba, con sólo pensar en la forma que los padres disponen de ella haciendo atender a sus hijos o no, según criterios en donde se llegan a anteponer concepciones religiosas de los mayores, al derecho del niño. Por ejemplo, los padres invocan una determinada creencia para oponerse a que sus hijos reciban transfusiones de sangre o determinadas terapias absolutamente necesarias; también se advierte esta falta de compromiso por parte de los Estados, cuando conscientes de los altos índices de mortalidad infantil por causas fácilmente superables, ignoran hasta en sus leyes de presupuesto nacional, la provisión de recursos económicos, que existen pero que se destinan a fines secundarios en términos de valores objetivos en sociedades como las nuestras.

Las prácticas sociales tampoco reconocen integralmente los derechos al honor y a la intimidad de los niños, porque más allá de la jurisprudencia que cada día con mayor intensidad acoge demandas para reparar los daños por violación a esos derechos respecto de niños que han sido expuestos a criticas o comentarios injustificados, arbitrarios, excesivos, hechos públicos, o víctimas de entrometimientos arbitrarios por parte de otros, especialmente a través de la prensa, lo cierto es que debe llamarnos la atención la forma como en ocasiones se los descalifica, hasta por sus propios padres, con insultos y otras expresiones injuriosas en público y en el seno de la propia familia o cómo se los expone en exceso en la vida ordinaria publicando sus historias o sus imágenes.

Y así podríamos continuar esta descripción de violaciones a derechos fundamentales que nos lleva a sostener que la lucha por el derecho de los niños en su plenitud recién ha comenzado.

Observo que la situación que describo no es exclusiva de Argentina, sino que avanza como realidad generalizada en el mundo actual, por lo cual estimo de singular trascendencia su análisis como tema fundamental no sólo en mi país sino, al menos, en la región, convirtiéndose el ámbito del Mercosur con sus jueces y sus servicios sociales y educativos en general, en un ámbito propicio para un mejor y seguro reconocimiento de estos derechos de los niños.

Una herramienta jurídica de trascendencia singular a ese efecto lo es la normativa que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por todos nuestros países y, como consecuencia de ello, ley interna de aplicación obligatoria en la región.

Dicho instrumento contiene un expreso reconocimiento de los derechos en análisis, como derechos del niño, que deben ser asegurados por los Estados.

Así aparece el amparo del derecho a la vida en el Art. 6 de la CDN, el derecho a la identidad, en términos tales que serán motivo de nuestro desarrollo en el punto siguiente, en el Art. 8, el derecho a la libertad en sus diversas expresiones en los Arts. 13 y 14, el derecho a la intimidad y el derecho al honor en el Art. 16 y el derecho a la salud en el Art. 24, entre otros, además de disposiciones concordantes en el resto de las normas que integran la CDN.

Más aun, asegurar la plena vigencia de los derechos personalísimos de los niños también forma parte de la noción general de "derecho a la protección", que debe reconocerse a éstos por parte de su familia, de la sociedad y el Estado, como lo establece el Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- y que ha sido reiterado, como forma de ratificar el carácter de sujeto de derecho que corresponde a todo niño, por la Opinión Consultiva Nro. 17 del 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 17-02).

II. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

a) En general

El derecho a la identidad personal es uno de los derechos personalísimos que hemos descripto en el capítulo anterior. El mismo va a merecer a continuación una consideración de tipo general como resulta del título y luego, por separado, una concreta referencia como derecho del niño.

La noción de identidad no se refiere, ni mucho menos concluye, con el nombre y apellido de las personas, ni con otros atributos de la personalidad, porque éstos, según lo ya expuesto, se limitan a la definición del aspecto individual de cada persona, en tanto que la identidad como derecho personalísimo deriva de la "personeidad" y constituye al mismo tiempo la personalidad. Tampoco lo es el mero dato biológico, filiatorio o de inscripción registral de la persona, aunque los englobe a todos.

En este sentido la identidad personal consiste en un conjunto de conductas referidas a la actividad pública del sujeto, que atañen a su proyección social. Es aquello que no permanece en la reserva de la vida privada, sino que se proyecta al exterior.

El interés jurídicamente tutelable es el de la "mismidad" del ser humano, es aquello que permite a la persona "ser uno mismo y no otro".

Así definimos a la identidad personal, siguiendo a Fernández Sessarego, como el conjunto de atributos y características sicosomáticas y espirituales que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es la suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad.

El reconocimiento de este derecho en la doctrina de los autores lo es de muy reciente data y son italianos como De Cupis en su obra "I Diritti de la Personalitá" (año 1961) y Messineo, quienes efectúan los primeros desarrollos al respecto.

También ha sido la jurisprudencia italiana la que nos ha ilustrado con sus primeros fallos que conceptualizan este derecho, al extremo de que en un pronunciamiento del año 1985, va a decir que la identidad de una persona es la verdad exterior del propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, según se habría manifestado sobre la base de circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social.

Es cierto que esta noción es la que corresponde a la denominada noción dinámica del derecho a la identidad, por oposición a otros aspectos que permiten describir una noción estática de la misma, que algunos autores descartan como integrantes de este derecho. Me refiero al origen genético, al filiatorio, en general a signos distintivos de cada persona que tienen que ver con su existencia material y con la condición legal o registral del sujeto (nombre, seudónimo, etc.).

También lo es que los aspectos estáticos configuran fundamentalmente un denominado derecho a la identificación, antes que a la identidad y que se encuentran protegidos por acciones específicas.

En este punto vemos la discrepancia de los autores; Cifuentes va a sostener que las cualidades no dinámicas se incorporan al sujeto sin depender de éste, están enmarcadas en disposiciones de orden público, como el nombre, u otros aspectos como el sexo, la edad, el estado; no constituyen el derecho a la identidad. En tanto que Fernández Sessarego sostiene que la identidad personal comprende ambos aspectos.

A los efectos de amparar el derecho a la identidad de los niños cabe aceptar la noción amplia que incluye los aspectos dinámicos y los estáticos, como se verá a continuación.

b) Derecho a la identidad en la niñez y en la adolescencia

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en sus Arts. 7, apart. 1 y 8, el derecho del niño a conocer su identidad familiar, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En tal sentido los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.

Cabe preguntarse si esta noción nos está llevando realmente a la identidad del niño o si en lugar de tratarse de un derecho personalísimo, estamos frente al caso de un derecho filiatorio.

La respuesta cabe que sea afirmativa, simplemente porque estamos tratando de la situación de los niños. En efecto, éstos por su edad tienen pocas ocasiones para que puedan configurarse los aspectos dinámicos de su identidad.

En cambio, son los aspectos estáticos los que permitirán al niño “ser uno mismo y no otro”.

El ser social del niño en el conocimiento y la opinión de los otros es de relativa trascendencia porque prácticamente hasta que no se lo ve como adolescente, salvo excepciones, no hay proyección social a amparar. Sin embargo desde su mismísima concepción ya tiene el niño derecho a una identidad biológica, que se prolongará después de nacido en el derecho a una filiación, a una familia, a un nombre.

Estos elementos que configuran identidad en un niño, aunque en algunas circunstancias queden encuadrados en la noción de atributos de la personalidad y asegurados en su resguardo a través de acciones específicas como el caso de las acciones de estado para reclamar o impugnar la filiación, deben considerarse en el marco del derecho a la identidad en particular y de los derechos personalísimos o derechos fundamentales de la persona humana en general, para que la niñez y la adolescencia tengan una base sólida en la dimensión estática de la persona sobre la cual luego florezca la dimensión dinámica ya descripta.

Por ello es correcta la modificación del Capítulo respectivo del Código Penal argentino dentro del Título IV sobre los delitos "Contra el estado civil", que ahora se titula "Supresión y Suposición del Estado Civil y de la Identidad", que protege en general a niños que son víctimas de maniobras que hacen incierto, alteran o suprimen el estado civil.

Lo expuesto no implica que mediando acciones específicas como las de filiación o de protección del nombre, haya que remitirse para el amparo de la identidad del niño a acciones genéricas de protección de la misma, habida cuenta que no las hay específicas, sino algo más profundo que se alcanza con esta visión estática y dinámica de la persona en orden a su identidad y ello es que esta suma de acciones concretas permiten al niño ser el que es y no otro, para proyectar una vida en la que alcance una verdadera identidad personal, que trascienda los meros elementos de identificación.

Se ha dicho que es mucho más fuerte la protección de la norma sobre averiguación del estado filiatorio, que es atributo de la persona incorporado netamente al orden público indisponible, que lo relativo a la defensa de un derecho personalísimo como el que nos ocupa. Sin embargo, esa fortaleza está signada por el bien jurídico a proteger, cual es la filiación, como primer elemento de definición personal para un niño.

El niño comienza a ser un sujeto con una determinada identidad a partir de la familia a la que pertenece y es ello lo que se quiere resguardar al analizar este derecho en la especial situación de los niños.

Sostener lo contrario implicaría que durante los primeros diez o doce años de la vida de un niño, éste no tendría identidad personal alguna. Ello de por sí constituye un exceso inaceptable.

Algunos insisten en que defender el ser, el soy yo, no es lo mismo que defender lo que me pertenece, mi honor, mi identidad, mi intimidad, como ha dicho Cifuentes, sin embargo, el mismo autor señala que, por ejemplo, el nombre puede ser vehículo para herir esos derechos personalísimos, y agrego yo que en el niño ese honor y esa identidad están ligados a ese "ser yo" que se expresa en un nombre o en un origen familiar; por ello es también correcto hablar de identidad genética o identidad biológica, que trataremos a continuación.

c) Algunos supuestos especiales de identidad en niños

Un aspecto que convoca al derecho a la identidad es el que se refiere a la filiación biológica o adoptiva. Se cuestionan algunas adopciones porque se sostiene que contradicen el derecho a la identidad del niño adoptado.

Sostenemos que el derecho a la identidad filiatoria, como pura referencia a su presupuesto biológico, no es suficiente para definir por sí mismo la proyección dinámica de esa identidad, entendida esta última en cuanto al aspecto de los vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos.

El padre matrimonial, presumido por la ley como tal, genera identidad filiatoria con el hijo, con independencia de que sea el padre biológico o no. También, un niño que carece de filiación paterna y materna y es adoptado plenamente por un matrimonio, siempre carecerá de identidad filiatoria en lo biológico, pero tiene verdadera identidad filiatoria respecto de sus padres adoptivos.

Por consiguiente, el concepto de identidad filiatoria de un niño, no es necesariamente correlativo del dato puramente biológico determinado por la filiación.

No obstante ello corresponde al derecho del niño que se le asegure esa identidad a partir del derecho a la familia de origen en primer lugar y luego a otras que la reemplacen por falta, incapacidad o imposibilidad de ser atendido por la primera. Toda forma de incorporación del niño a una familia que viole ese principio no sólo configura violación a la filiación que por derecho le corresponde, sino violación al derecho personalísimo a la identidad.

En el mismo sentido, los niños fruto de la fecundación artificial, también tienen identidad filiatoria, pero si la fecundación se ha concretado con células de donantes desconocidos, cabe discutir y sostener la violación del derecho del niño al menos a conocer su origen biológico, esto es a su identidad biológica, por la acción hasta reconocida por la ley de algunos sistemas jurídicos.

d) La identidad de los niños y los otros

Así como el titular del derecho a la identidad reclama para sí “ser uno mismo”, no ser falsificado por otros, los demás están facultados a exigir autenticidad en las manifestaciones externas de la personalidad del sujeto.

Hablamos de una identidad sicológica, social, cultural, jurídica y también genética o biológica y es esta última la que hoy adquiere singular importancia ante las inmensas posibilidades de distorsión y confusión que ha generado la biotecnología manipulando el origen de la vida.

Todo ello en el especial supuesto del niño adquiere características dramáticas que no sólo impiden a éste asegurar su derecho a la identidad, sino que quienes deben tratar con él lo descartan por su confuso origen.

Uno de los supuestos más evidentes, asociado a la pobreza y a la marginalidad, es el de los niños de la calle o niños tempranamente explotados. Ellos muchas veces no saben quiénes son, de dónde vienen, quiénes son sus padres, cuánto tiempo llevan en actividades gravemente destructivas para sus personas, no tienen un colegio o un barrio que les dé identidad. Al mismo tiempo, quienes los tienen que atender, acoger y cobijar, se encuentran en situaciones difíciles para hacerse cargo de historias tan despersonalizadas.

En el otro extremo, los recursos económicos abundantes, asociados a los modernos recursos de la biotecnología, permiten engendrar hijos mediante el préstamo de úteros o por procreación extracorpórea, como si el ser humano no adquiriera identidad a través del seno donde se hubo de gestar y a través de los pechos que lo debieron amamantar. En ocasiones, esos niños así fabricados han quedado abandonados sin historia familiar y, por consiguiente, sin identidad.

e) Conclusión

Todo lo dicho hasta ahora adquiere trascendencia en las materias que se incluyen en el título de esta presentación, esto es desde la inscripción de nacimiento hasta la filiación, por un lado. Aquí se debe considerar cuáles son los regímenes legales vigentes en los países de la región que faciliten el derecho del niño a ser registrado tan pronto como nace y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en términos que importan, desde ya, tener filiación (conf. Art. 7 de la CDN).

Por otro lado, a partir del Art. 8 de la CDN en términos de identidad personal, corresponde analizar luego de la filiación, cómo se establece el derecho a la familia en cada niño y cómo se le asegura su nacionalidad.

Nuestros países han legislado en forma particular en cada una de estas materias pero las diferencias y asimetrías, escasas por cierto para bien de la

necesaria integración regional, requieren una profundo análisis para tratar de superarlas, no sólo a través de las reformas legislativas sino mediante una adecuada jurisprudencia integradora.

Tal análisis que hemos comenzado en un trabajo comparativo que acompaño por separado y del que sólo mencionaremos algunos supuestos, nos lleva a pensar también en lo propio de esta reunión de jueces y demás operadores del servicio de justicia para los niños y los adolescentes de los países de la región, como lo es la capacitación y entrenamiento socio político, jurídico y asistencial de cada uno de nosotros, que nos permita calar hondo en la necesidad de amparar los derechos de los niños de la región, no como los hijos de uno de nuestros países sino como verdaderos ciudadanos de esta región signada por los extremos de la riqueza de sus tierras y la pobreza de sus pueblos.

Ha llegado el momento de que los aspectos sociales del Mercosur tomen su verdadera dimensión. Si bien el nombre de nuestra unión tiene un marco económico evidente cuando se lo denomina así por "Mercado Común del Sur", si se mantiene como hasta el presente, como un acuerdo para negociar con relativas ventajas para unos y otros, no dejará de ser lo que alguien ya ha dicho del Mercosur: "un mero acuerdo de tenderos".

Nuestros niños nos convocan a trabajar para producir cambios sustanciales para que ellos puedan mostrarse como personas integralmente consideradas, con una identidad asegurada por unos jueces que superando diferencias se animen hasta a dar un nuevo nombre a este fundamental acuerdo regional. Nuestros niños no son del "Mercosur", no son piezas de un mercado, nuestros niños son el gran objetivo del verdadero "Mercosur", ese que yo denominaré "Pueblosur".

COMENTARIO DEL NUEVO CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (*)

Por Arnaldo Aguirre

La protección de la identidad del niño y adolescente en la Ley 1680/01

INTRODUCCION

La identidad del ser humano es un derecho subjetivo personalísimo. Si bien es concebido en esos términos también se destaca que es un medio para la adquisición y ejercicio de ciertos derechos consagrados por la ley. Es un instrumento de gran importancia en la socialización de la persona. Siendo el hombre un ser gregario, naturalmente nace, vive y muere dentro de un grupo familiar y social. El hombre y sus circunstancias hacen que generen una red de interrelaciones subjetivas, cuya protección garantiza el derecho.

La protección de la identidad del niño y adolescente en el nuevo Código se puede focalizar en cuatro aspectos:

1. IDENTIDAD BIOLOGICA

1.1. En el momento del nacimiento

Esta identidad se relaciona al nexo biológico existente entre el recién nacido y sus padres. La protección que brinda el Código de la Niñez y la Adolescencia al niño en el momento de su nacimiento es de vital trascendencia a fin de precaver fraude que interfiera su realidad biológica como ser humano. El ilícito a que aludimos puede adquirir dos formas: la sustitución o la sustracción del recién nacido. La ley 1680/01 adopta una medida muy eficaz para prevenir estos hechos antijurídicos en el articulo 19, al establecer la

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

obligatoriedad de las instituciones publicas o privadas de salud a llevar un registro de nacidos vivos- por triplicado- en el que se dejará impresa la identificación dactilar de la madre y la identificación palmatocópica del niño, además de los datos que correspondan a la naturaleza del documento. Un ejemplar de dicho registro se expedirá en forma gratuita para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil y otro ejemplar se remitirá a las autoridades sanitarias respectivas (para la elaboración de las estadísticas vitales).

El profesional que interviene en un parto debe ser cuidadoso en la manera de tomar la impresión dactilar de la madre y la palmatocopica del niño, ya que en ese momento tan trascendental actúa como un fedatario, asumiendo íntegramente las responsabilidades del caso.

Esta protección de la identidad del niño en el momento de su nacimiento, también regla el Art. 23 del Código Sanitario donde se establece: "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 y del lactante". Así mismo, el Art. 146 de este cuerpo legal dice: "Todo nacimiento o defunción será certificado por el profesional actuante consignando los datos necesarios para las estadísticas, documento que será presentado al centro sanitario más próximo y al Registro del Estado Civil de las Personas para lo que hubiere lugar. A falta de un profesional autorizado el hecho será atestiguado por dos personas hábiles". A su vez el Art. 55 de la Ley 1266/87 del Registro del Estado Civil norma: "El nacimiento se justificará mediante certificado del médico o la partera que haya asistido al parto. Si se produjere el nacimiento sin la asistencia de profesionales o idóneo alguno, los padres del recién nacido, sus familiares o parientes de cualquier grado deberán comunicar el hecho a la autoridad sanitaria de la localidad dentro de los ocho días en la Capital y quince en el interior para que proceda a su constatación, previa las investigaciones pertinentes, a los efectos de llenarse el requisito del certificado médico y la correspondiente autorización para la inscripción en el Registro".

Las disposiciones del Código Sanitario y del Registro del Estado Civil expresan notoriamente la necesidad de esclarecer el nexo biológico del niño en el mismo momento de su nacimiento, previniendo la manera de instrumentar ese hecho vital. El Código de la Niñez y de la Adolescencia introduce un nuevo elemento de identificación dactilar y palmatocópica.

El tema de la identificación en el mismo momento del nacimiento del niño concita la atención de todos, y por eso resulta toda una encrucijada bus-

car mecanismos para sentar de manera indubitable el nexo madre e hijo. El Código de la Niñez y la Adolescencia ofrece un medio idóneo y fácil a profesionales y empíricas para establecer fehacientemente ese vínculo mencionado.

Sin embargo, este dato preciso de la identificación dactilar y palmatocópica aún brilla por su ausencia en los certificados de nacidos vivos. El Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social aún no ha implementado un formulario que contemple la impresión dermatoglífica, como garante del nexo y valla a los fraudes del parto. Los facultativos que intervienen en partos no asumen con seriedad este cierto poder fedante, en la instrumentación de los certificados de nacidos vivos, y que esta negligencia grave podrá incidir en su responsabilidad civil y penal en el caso de ocurrir algún ilícito punible.

1.2. Después del nacimiento

El Art. 53 de la C.N. establece la igualdad de todos los hijos ante la ley, autorizando la investigación de la paternidad. Por su parte el Art. 234 de C.C. atribuye a los hijos la acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o maternidad se admiten todos los medios de prueba. Si bien es cierto que existe límite en la investigación de la maternidad cuando tiene por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que éste hubiere nacido antes del nacimiento, debemos admitir que tratándose de niños y adolescentes no rige esta disposición, por la aplicación del Art. 7 numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño que consagra el principio que "todo niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos", normativa reprisada con mayor abundamiento en el Art. 8 numeral 1 que dice: "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 con la ley sin injerencias ilícitas".

El Art. 183 del Código de la Niñez y de la Adolescencia regla que 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 C.P.C. salvo en lo relativo a la prohibición de presentar alegatos, para lo cual se establece un plazo de seis días comunes. Esta disposición está en consonancia con el Art. 18, ya que el niño y el adolescente tienen el derecho a promover ante la justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias.

En la investigación de paternidad o maternidad el Art. 184 del Código de la Niñez y la Adolescencia introduce un valor preferencial, la prueba pericial de sangre del ácido desoxirribonucleico (A.D.N.) y otras pruebas científicas equivalentes. La renuencia a someterse a la misma debe ser considerada como una presunción de paternidad o maternidad. El realce a este importantísimo medio probatorio se destaca ya que el mismo artículo dispone que el Poder Judicial arbitrará los medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y por acordada reglamentará este artículo.

Ha sido inmenso el avance científico conseguido en el tema de la identificación cuando está de por medio la biología molecular no sólo de aplicación para identificar a las personas desaparecidas o atrapar a criminales sino también para, a través de la huella genética y con una especie de código de barra molecular conseguir diferencias absolutas en cada individuo. Lo más trascendental de este descubrimiento científico es que ha quedado demostrado que cada ser humano lleva las huellas genéticas de sus padres. La mitad del padre y la otra de la madre. Con este procedimiento laboratorial se puede llegar sin lugar a dudas a establecer quiénes son los padres del niño o adolescente y así garantizar sus derechos como seres humanos. Las otras pruebas científicas de que habla esta disposición alude al H.L.A. (histocompatibilidad) que con los adelantos científicos no solamente sirve para excluir la paternidad o maternidad sino también para incluir la relación biológica en un alto grado de porcentualidad. Evidencia su valor probatorio genético en un caso de una niña cuya maternidad fue reclamada por dos mujeres. En los trámites procesales de la jurisdicción del menor, se hicieron dos pruebas del H.L.A. –Laboratorio Díaz Gill y Laboratorio Curie-, los resultados obtenidos por el primer laboratorio citado, coincidieron con el A.D.N. realizado en un laboratorio de Norteamérica. No obstante, el Juzgado en lo Penal donde radicaba la causa de la investigación del ilícito, dispuso la realización de la prueba del A.D.N. Este último resultado igualmente coincidió con los que arrojaron el H.L.A. realizados en primer término. Hoy día, los que practican las pruebas genéticas expresan de manera conteste que el H.L.A. incluye de manera definitiva para establecer el vínculo consanguíneo entre progenitores e hijos. La contrastación científica y sus resultados explican y justifican la introducción del artículo 184 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, no sólo para esclarecer un nexo biológico sino para extraer una presunción grave en casos de renuencia de someterse al mismo.

REPRODUCCION ASISTIDA (*)

Por Josefina Sapena

INTRODUCCION

La ciencia ha avanzado en el campo de la genética en forma agigantada en los últimos años, dando lugar a situaciones nuevas, que requieren soluciones de derecho adaptadas a estos avances. Las técnicas de reproducción asistida son una realidad en nuestro país y en el mundo, independientemente de la valoración ética que se les atribuya. La repercusión de estos métodos de reproducción asistida en el Derecho es amplia, afecta al Derecho Penal, Civil Familia, de Menores y Administrativo. La ética tradicional se ha visto tan involucrada que se ha creado una nueva rama de esta ciencia, la Bioética, avocada al estudio de la problemática atinente a la vida humana. En muchos países, Estados Unidos, Inglaterra, Argentina, y en la Comunidad Europea se ha creado un COMITE DE ETICA, con el objeto de asesorar a las autoridades sanitarias, para asegurar el derecho a la salud y la plena vigencia de la dignidad humana en la investigación biomédica. Asimismo, las recomendaciones formuladas por estos comités deben servir como guía para los legisladores.

Lo cierto y lo concreto es que aunque se establezcan prohibiciones y sanciones, o condiciones para la puesta en práctica de las técnicas de fecundación asistida, lo cual es necesario en nuestro país, pues aún no hay una regulación al respecto; las técnicas de fecundación asistida seguirán realizándose, y el Derecho debe prever soluciones que favorezcan a los niños que nazcan como consecuencia de las mismas, los cuales se ven afectados en sus derechos más elementales como el derecho a la vida, o el derecho a la identidad, el derecho de tener un padre y una madre, el derecho de desarrollar una personalidad armónica, etc.

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

Existe un sinnúmero de situaciones que necesitan ser delimitadas. Por ejemplo: ¿quiénes pueden beneficiarse con las técnicas de reproducción asistida: cualquier persona, sea soltera o concubinada, o solamente las parejas casadas? ¿Puede realizarse una inseminación con semen del marido premuerto? ¿Puede subrogarse la maternidad, o sea, contratar a una mujer para que dé a luz un hijo ajeno? ¿Cuáles son las condiciones en que se puede autorizar la realización de una inseminación con semen de donante? ¿Cuáles son los requisitos que debe satisfacer un hombre para ser donante? ¿Quiénes pueden realizar estos procedimientos: cualquier médico o un equipo autorizado por el Ministerio de Salud?, etc.

Además de esto, hay que determinar, y aquí entramos en el Derecho de Familia, la filiación de los así nacidos, lo cual resulta imprescindible pues al producirse la fecundación por métodos artificiales, no a través del acto sexual, se dan casos en que la paternidad o maternidad legal no coinciden con la biológica. Tal es el caso de la inseminación artificial en pareja casada, con semen de donante. Legalmente, el marido de la madre es el padre del niño, aunque no sea su progenitor. También está el caso del niño concebido después de la muerte del padre, con su semen congelado, cuya filiación es indefinida pues fue concebido después de disuelto el vínculo matrimonial, y vencido el plazo legal de presunción de la paternidad del marido del hijo nacido, después de disuelto el matrimonio (300 días).

Entre los países que cuentan con una legislación específica se puede observar que la humanidad está muy lejos de tener una postura única, pues algunos países tienen una actitud permisiva, y otros restrictiva respecto de la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida. El origen de las diferentes posturas reside en mi opinión en la distinta valoración que se tiene de los derechos a ser protegidos. En efecto, con estos procedimientos se ven afectados los derechos de los padres, de los hijos, de los donantes, de los médicos, de los Centros de Fertilización, etc. Dependiendo de cuál sea el derecho que se considera prioritario, la ley reglamentará el uso de las técnicas de reproducción asistida. Estados Unidos, por ejemplo, ha declarado, a través del Comité de Etica de la Sociedad Americana de Fertilidad del año 1994, que el derecho de constituir familia tiene entidad constitucional, y se aplica extensivamente a la utilización de técnicas de fecundación asistida, las cuales pueden ser puestas en práctica libremente por los interesados, pues la imposición de límites a dichos procedimientos implicaría la intervención del Estado en la vida privada de las personas, y en el derecho de reproducción de las mismas, los cuales, también tienen rango constitucional.

Para finalizar la introducción quiero sentar postura respecto de qué derecho debe ser protegido en forma prioritaria en este cometido de legislar los avances genéticos, pues en todo momento nos encontramos con derechos encontrados: ¿Quién tiene más derecho; los científicos de experimentar, o los embriones fecundados de desarrollarse y vivir? ¿Los padres de tener hijos, o los hijos de tener padres? ¿Los donantes de mantener el anonimato, o los hijos de saber su identidad? ¿La madre que dio a luz al niño/a, o la que aportó el óvulo?, etc. Mi opinión es que siempre, sin excepciones, debe darse prioridad a los derechos del niño/a así nacido. Si eso significa pasar por encima de los derechos de los padres, o de los donantes, o de los científicos, que así sea. Pues, en primer lugar, el sentido más elemental de justicia así lo establece. Ese niño/a, que evidentemente es la parte más débil en la relación, se ve afectado en sus derechos más básicos, y no tuvo participación en la toma de decisiones, ni oportunidad alguna de defenderse. Por lo demás, la Constitución Nacional de nuestro país así lo establece al decir que en caso de conflicto, los derechos del niño tienen carácter prevaleciente. Además de eso, en la reglamentación legal de la filiación de los niños así nacidos se debe dejar a un lado la valoración ética o jurídica del procedimiento, y tener como faro la prioridad de los derechos del niño por sobre todas las demás partes involucradas, aunque el mismo sea fruto de un procedimiento prohibido por la ley; y que se impongan las sanciones que correspondan a los infractores.

OBJETIVO

El objetivo del presente trabajo es proponer soluciones legislativas relativas a la filiación de los niños/a nacidos como consecuencia de alguna técnica de reproducción asistida. Se tendrá en cuenta para el efecto, la opinión doctrinal de juristas nacionales y extranjeros, la opinión doctrinal de filósofos y estudiosos en Moral y Etica, las recomendaciones formuladas por los Comités de Etica de países extranjeros pues el nuestro no lo tiene, los tratados internacionales que tengan relación, y las leyes dictadas por otros países.

Es imperiosa la necesidad de dotar a nuestra sociedad de una ley específica sobre el tema de la reproducción humana, pero el estudio debe ser fruto de un consenso de juristas, científicos y éticos, quienes, teniendo en cuenta que la ciencia puede ser utilizada en provecho de la humanidad, decidan cuáles son los límites necesarios para que no sea sobrepasada la dignidad humana, y que los niños/as así nacidos no sean utilizados como objetos, propiedad de científicos, padres, u otros. Las múltiples implicancias que tiene esta materia en el derecho, harían imposible que sea regulada en una sola ley, y es por ello que esta propuesta se circunscribe a la solución de los problemas deriva-

dos de la filiación que surge como consecuencia de la puesta en práctica de las técnicas de fecundación asistida.

DESARROLLO

1. STATUS JURIDICO DEL EMBRION

La definición del status jurídico del embrión debe ser tratada de manera interdisciplinaria. Es decir, que el solo dato biológico, o científico, no está capacitado para resolver el problema acerca de cuándo comienza verdaderamente la vida humana. El juicio último en realidad es filosófico, teniendo en cuenta que la naturaleza humana sobrepasa a lo puramente corporal, es decir, que somos mucho más que solo un cuerpo.

Marciano Vidal afirma lo siguiente: *Evidentemente, la condición antropológica del embrión no es una cuestión directamente relacionada con la religión, y en concreto con la fe cristiana. Por eso mismo no pertenece al contenido directo de la teología. Tampoco tiene la exclusiva la ciencia positiva (la genética, la embriología), para determinar el comienzo de la vida propiamente humana. Los conceptos de persona, vida humana, rebasan el horizonte específico del saber estrictamente positivo. Se precisa la intervención de un saber integral, de carácter filosófico. Consiguientemente, el modo de abordar el problema del comienzo de la vida humana y del estatuto jurídico del embrión no puede ser otro que el de la interdisciplinariedad.*

El tema ha cobrado una nueva importancia actualmente. Antes de la reproducción asistida se relacionaba con la problemática del aborto. Ahora, se relaciona también con otros temas, como por ejemplo: ¿Se puede experimentar con embriones; si es así, hasta que momento del desarrollo del mismo? ¿Se pueden fertilizar todos los óvulos extraídos de la paciente, o hay que poner un límite? ¿Se pueden introducir al útero todos los embriones o hay que poner un límite? ¿Es lícito congelar embriones y descongelarlos? ¿Se pueden desechar embriones?, ¿se puede comercializar con embriones?

Existen varias teorías respecto del comienzo de la vida humana. Está la teoría de la Iglesia Católica, que sostiene la existencia de la vida humana digna de absoluta protección desde el momento mismo de la concepción, y repudia no solo cualquier tipo de experimentación con embriones sino también el congelamiento de los mismos, y las técnicas de fecundación in-vitro.

Está la teoría de la Anidación, que sostiene que el preembrión recién merece protección jurídica cuando se fija en el seno materno, lo cual ocurre aproximadamente a los 14 días de la concepción, pues antes de esto, es posible que se pierda naturalmente.

Tenemos la teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central, la cual sostiene, que hasta este momento, el preembrión no es un ser humano, sino un conglomerado de células o un tejido celular, y que es tan absurdo considerar persona al preembrión, como considerar persona a una célula u órgano de un individuo humano.

También hay un grupo de pensadores que consideran que antes de los 14 días, el preembrión no puede ser considerado persona pues aún no están definidas su unidad –calidad de ser uno solo- y su unicidad –calidad de ser único e irrepetible-, características que se requieren para que un individuo humano sea considerado como tal. En efecto, antes de los 14 días, es posible que dos embriones se fusionen en uno solo, dando origen a una quimera, o que se separen dando origen a los gemelos monocigóticos.

El Código Civil paraguayo no aclara en forma expresa desde cuándo comienza la vida humana, o desde cuando se considera persona al nasciturus. Pero sí protege la vida humana desde la concepción al establecer en su artículo 28 que: La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. Nos adherimos a la tesis sustentada por el Dr. José A. Moreno Ruffinelli, quien dice: *Entonces, vale la pena aclarar que nuestro Código al prescindir de la frase: en el seno materno, en la primera parte del Art. 28 admite, quizá sin quererlo, la posibilidad de que ocurran casos de fertilización in vitro y que esa vida humana así engendrada pueda ya tener la protección del derecho...* Asimismo, el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 1680/2001 protege a las personas por nacer, en su artículo 9º, el cual establece: La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto. No tenemos en nuestro país regulación referente a experimentación, congelación o deshecho de embriones.

En cuanto a la legislación comparada, podemos citar la ley 35/88 de España, la cual diferencia al preembrión (antes de los 14 días desde la fecundación), del embrión, siendo esta distinción la base para autorizar a los científicos, a manipular (mediante experimentación, congelación) el preembrión. El embrión, también es susceptible de intervención en el útero pero solo si

tiene por objeto el bienestar del nasciturus. Gran Bretaña, en virtud de la "Human Fertilization and Embriology Act" del 1º de noviembre de 1990, también autoriza la congelación, donación y experimentación sobre preembriones de hasta 14 días, lo mismo que Suecia (Ley 115 del 14 de marzo de 1991). Alemania, aprobó el 13 de diciembre de 1990 una ley de protección al embrión, en virtud de la cual no se admiten los "Bancos de embriones", es decir, la congelación de embriones, y se declara obligatoria la transferencia al útero materno de la madre biológica, de todos los embriones obtenidos por fecundación invitro, que en ningún caso pueden ser más de tres. En Costa Rica, el Decreto de la Regulación de la Reproducción Asistida, establece que la persona se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. Esto es lo mismo que decir que la persona se reputa nacida desde su concepción, pues 300 días equivalen a 10 meses, y ningún embarazo dura más que ese tiempo. Esta ley prohíbe que se fertilicen más de 6 óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, todos los cuales deben ser trasferidos a la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para una transferencia posterior; también está prohibido experimentar con embriones y comercializarlos.

2. ¿EXISTE EL DERECHO DE PROCREAR?

Algunos invocan el "derecho de procrear "que tienen los padres, como un fundamento para utilizar las técnicas de reproducción asistida sin distinciones, es decir, en el matrimonio, en pareja estable no casada, en mujer sola, con semen de donante, post-mortem o sea después de muerto el padre, etc. Muchas voces se han alzado en protesta debido a esta concepción, pues de esta forma se convierte al niño en un instrumento en manos de sus progenitores, se lo degrada a la condición de "objeto", en el sentido de "cosa", al servicio de sus padres. Marciano Vidal, afirma: No existe, hablando con propiedad, un derecho de procreación. *Pero sí existe un derecho a las condiciones que hagan posible que, en su caso, el ejercicio de la procreación constituya un proceso humanizado y humanizador.* Por su parte, Javier Gafo dijo: …*es necesario considerar que la procreación humana natural se halla condicionada a procesos de la naturaleza, y por lo tanto no está sometida del todo a la libertad humana. No puede ser objeto directo de un derecho humano algo que por su propia condición está fuera del campo de actuación humana.*

Considero que el derecho de procrear no es absoluto. El bien del hijo ha de dar el sentido principal a todos los intentos por superar la infertilidad. Su interés es prioritario, y en caso de conflicto se lo hará prevalecer.

Por lo demás, no estoy segura de que exista el derecho de procrear en absoluto, pues no es lo mismo tener derecho a casarse y fundar una familia, que tener derecho a ser padre. Lo que los tratados internacionales consagran es el derecho a fundar una familia, tales como La Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto de San José de Costa Rica. El derecho a fundar una familia incluye al derecho de tener hijos, pero eso no quiere decir que el derecho de tener hijos esté reconocido como un derecho humano independiente. Si tenemos en cuenta además, que tanto en nuestra Constitución como en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en el año 1959 y ratificada por nuestro país, se establece que: en las leyes relacionadas con el niño, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del mismo, y que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; no cabe más que concluir que no se puede justificar el avasallamiento de los derechos del niño, con el mentado "derecho de procrear".

3. SITUACION JURIDICA DE LOS NACIDOS POR TECNICAS DE FECUNDACION ASISTIDA EN NUESTRO PAIS. LEGISLACION COMPARADA

Antes que nada conviene aclarar que a los efectos de determinar la filiación no es trascendente si la fecundación se produjo por inseminación artificial, fecundación in-vitro, otro método de reproducción artificial.

INSEMINACION O FECUNDACION IN-VITRO HOMOLOGA EN PAREJA CASADA

La fecundación asistida en pareja casada, con gametos provenientes de la pareja, es la que menos problemas éticos y jurídicos acarrea; por lo mismo, es autorizada por todas las legislaciones que se refieren a la materia. Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Alemania, Suecia, Austria, Noruega, Suiza, España, y en América Latina, Costa Rica. Una constante en todas estas leyes es el requisito de que ambos cónyuges den un consentimiento no viciado para la realización del procedimiento.

En este caso no hay ninguna duda acerca de la filiación del niño así nacido porque coinciden el elemento biológico con la presunción legal. El niño es hijo matrimonial, pues es hijo biológico de la pareja, y ha sido conce-

bido en el matrimonio. *Desde el punto de vista jurídico es indiferente el medio utilizado para lograr la concepción, siempre que en la misma intervengan exclusivamente los componentes genéticos de marido y mujer, y que ella acaezca durante el matrimonio.*

La controversia que puede aparecer es relativa a las causales de impugnación de la paternidad. Hay que tener en cuenta que en estos casos la fecundación no se produce por una relación sexual, por ende, no se puede alegar la falta de acceso carnal como causal para impugnar la paternidad. Solamente se podría impugnar la paternidad debido a la inexistencia de vínculo biológico, que podría ocurrir si se cometió un error por parte del médico o el laboratorio, con el semen utilizado para fecundar el óvulo de la esposa, circunstancia que tendría que demostrarse mediante el auxilio de las pruebas biológicas.

¿Que pasaría si a pesar de la exigencia legal, de que el marido dé su consentimiento, éste no lo haya prestado, o se trate de un consentimiento viciado? ¿Influiría esta circunstancia en el carácter de la filiación del niño así nacido? Consideramos que no, pues el niño aún tiene el patrimonio genético del marido de la madre y ha nacido en el matrimonio. Al respecto, entre otros, han opinado en este mismo sentido varios autores, como Delgado Echeverría, citado por Francisco Lledó Yague quien dice así: la fecundación de la mujer con semen del marido, realizada contra la voluntad de éste, puede entrañar una violación de los deberes conyugales, en particular el respeto mutuo, por parte de ella, pero nada cambia respecto de la paternidad del marido y la correlativa filiación matrimonial de los hijos, ya que el consentimiento de éste para la inseminación artificial conyugal es irrelevante a efectos de determinar la filiación matrimonial. Miguel Angel Solo Lamadrid se adhiere a esta postura y ha agregado: *El marido no podrá impugnar por tal razón la paternidad, pero podrá exigir al médico que realizó la inseminación no consentida, responsabilidad civil por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que le reporte el nacimiento del hijo no deseado. Si la mujer solicitó o permitió la inseminación a sabiendas de la falta de consentimiento de su cónyuge, ella será solidariamente responsable frente a éste, junto al médico que haya participado en forma culpable*.

En conclusión: los niños concebidos artificialmente durante el matrimonio, con los gametos de la pareja, son matrimoniales, aunque el marido no haya prestado su consentimiento para la fecundación.

INSEMINACION ARTIFICIAL O FECUNDACION IN-VITRO HOMOLOGA EN PAREJA CONCUBINADA

Antes que nada, los hijos que nacen fuera del matrimonio, son extramatrimoniales, sin importar que la fecundación haya sido realizada en forma natural, o sea producto de un procedimiento de reproducción asistida. Si la pareja concubinada realizó una fecundación artificial con material genético de ambos, el hijo es innegablemente descendiente biológico de ambos miembros de la pareja y extramatrimonial. Las parejas estables no casadas, en nuestro país se distinguen en: pareja concubinada, que sería, según el artículo 83 de la Ley 1/92 aquella que esté constituida por un hombre y una mujer, quienes voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimentes; y la simple unión de hecho, que es aquella que no reúne los requisitos legales ya descritos. La protección legal de una y otra es bien diferente, siendo más amplia la de los concubinos. Por ejemplo: los concubinos, después de 10 años de unión, pueden, a petición conjunta o de uno de ellos, solicitar al Juez que equipare su unión a un matrimonio. También se crea una comunidad de bienes a partir del nacimiento del primer hijo o después de cuatro años de convivencia si no hay hijos hasta entonces, y otro derecho conquistado es que los concubinos se heredan. Por último, y esto tiene trascendencia en la filiación específicamente, los hijos nacidos durante la unión de este tipo, se presumen hijos del concubino, salvo prueba en contrario (Art. 89). En la simple unión de hecho, por otra parte, a diferencia del concubinato, no se presume la comunidad de gananciales, y en la disolución y liquidación de los bienes debe procederse conforme a la norma del Art. 966 del Código Civil, disolución de la comunidad de hecho. Los hijos nacidos en una simple unión de hecho no se presumen hijos del compañero de la mujer.

Hacemos este relatorio pues queremos demostrar que, en nuestro país es necesario distinguir uno y otro tipo de unión de hecho, en la regulación de las técnicas de reproducción asistida, pues son muy distintos los derechos de los hijos nacidos en una unión concubinaria que en una simple unión de hecho. Si el niño nació en el seno de un concubinato, se presume que es hijo del concubino. Por ende, en caso de que el padre no quisiera reconocerlo, el hijo, una vez demostrado el concubinato, ya no tendría que demostrar su filiación, pues ésta se presume. Es el padre quien deberá impugnar su paternidad si tiene motivos para hacerlo. Si la concepción de ese niño fue artificial, el padre no podrá alegar la falta de acceso carnal con la madre, solamente podrá recurrir al argumento de la ausencia de vínculo biológico con el mismo. En

cambio, en una unión de hecho, el hijo no reconocido deberá ineludiblemente promover la acción de reconocimiento de filiación. En cuanto al carácter de la filiación, tanto el hijo nacido en concubinato como el nacido en simple unión de hecho, son extramatrimoniales. Los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en nuestro país se han equiparado al establecer la Ley No. 204/93 que: Los hijos y descendientes extramatrimoniales tendrán el mismo derecho hereditario que los matrimoniales sobre los bienes propios y gananciales del causante. Es decir que, en nuestra legislación, ser hijo matrimonial o extramatrimonial no altera sustancialmente los derechos de éstos. Pero sí lo hace el ser fruto de un concubinato o de una simple unión de hecho. Es por ello que a mi criterio, no es necesario prohibir la reproducción asistida a las parejas concubinadas, pero sí a las uniones de hecho simples. Se puede permitir la realización de una fecundación artificial en pareja concubinada, pero se debe reglamentar detalladamente las condiciones. Por ejemplo, establecer controles para garantizar que se trate de un concubinato y no de una simple unión de hecho, exigir el consentimiento de ambos miembros de la pareja, etc.

En cuanto al derecho comparado, tenemos los siguientes datos: Estados Unidos y Gran Bretaña no exigen ningún requisito por parte de los beneficiarios de las técnicas, es decir, que cualquiera puede serlo. España (Ley 35/88) también admite la reproducción artificial en cualquier mujer siempre que haya prestado su consentimiento legal. Francia (Ley 94-654 del año 1994) establece que se reservan las técnicas a parejas estables compuestas por un hombre y una mujer, vivos y en edad de procrear. Es decir que sí acepta la reproducción artificial en concubinato. En Alemania (Ley 745/90), las técnicas son reservadas para las parejas unidas en matrimonio, pero con excepciones, pudiendo las parejas concubinadas obtener autorización para ser beneficiarias, de la autoridad regional, que resolverá las excepciones, caso por caso. Suecia admite la inseminación artificial en parejas casadas o concubinadas (Ley 1140/84). Noruega sólo permite la reproducción artificial en parejas casadas (Ley 68/87). Costa Rica, por su parte, solo admite la realización de técnicas de fecundación asistida, entre cónyuges. (Dto. No.24029-S del año 1995.

En conclusión: Considero que no es necesario prohibir el empleo de la reproducción asistida homóloga a las parejas concubinadas, si ambos concubinos dieron su consentimiento, pues en nuestro país los derechos de los hijos nacidos en esas condiciones no difieren sustancialmente de los derechos de los hijos matrimoniales. Es necesario sí idear y reglamentar un método de control para garantizar que solo las parejas concubinadas, y no las uniones de hecho simples, sean beneficiarias de las técnicas. Esto podría hacerse por

medio de un procedimiento similar al empleado en Alemania, es decir, nombrar una autoridad gubernamental que estudie caso por caso las peticiones de las parejas estables no casadas.

INSEMINACION ARTIFICIAL O FECUNDACION IN-VITRO CON SEMEN DE DONANTE EN PAREJA CASADA O CONCUBINADA

El tema de si se debe prohibir o permitir la inseminación artificial con semen de donante es de los más controvertidos, pues este procedimiento implica la irrupción de un tercero en la estructura familiar, tema por demás delicado, pues la familia es la base de la sociedad. A pesar de los grandes cuestionamientos de que es fuente la fecundación heteróloga, la mayoría de los países que ya legislaron sobre la materia, la autorizan, unos con más restricciones que otros. Estados Unidos, Inglaterra (Acta de fertilidad de 1990), España (Ley 35/88), y Francia (Ley 94-654 de 1994), y también Costa Rica (Dto. No. 24029-S año 1995), autorizan la fecundación heteróloga. Por su parte, Alemania (Ley 745/90) permite la donación de esperma, pero condicionando el procedimiento a la obtención de un permiso especial. Austria (Ley del 1º de julio de 1992), prohíbe la inseminación heteróloga o con semen de donante, salvo casos excepcionales, pero condicionándola tan fuertemente que en la práctica se hace muy difícil su realización. Suecia (Leyes No. 1140/84 y 711/88) permite la inseminación artificial con semen de donante, pero sólo admite la fecundación in-vitro homóloga, debido a que se están cometiendo abusos con los embriones fecundados, manipulándolos y experimentando con ellos. Noruega, en virtud de la Ley 68/87) toma una posición similar a Suecia, es decir, prohíbe la fecundación in-vitro heteróloga.

Independientemente de la legitimidad o no del procedimiento, y de la valoración ética del mismo, la filiación debe ser determinada pues aunque se decidiera prohibir legalmente en nuestro país la realización de la fecundación heteróloga, -decisión que no creemos sea conveniente, pues en este caso los contratos firmados por las partes con el Centro de Fertilidad serían inválidos y se dejaría en indefensión al niño así nacido-, lo mismo van a haber infractores que la van a realizar.

Entonces, concentrándonos en la determinación de la filiación de los niños nacidos en estas condiciones, nos encontramos con elementos nuevos que hay que evaluar para no perjudicar a los mismos, ya que en la fecundación heteróloga se disocian la realidad formal (quien quiere asumir la paternidad) de la realidad biológica (quien ha aportado su material genético, do-

nante). Si aplicamos a estos casos las leyes vigentes en la materia, habrá que dar preeminencia al vínculo biológico, ya que la única excepción que admite nuestro derecho a este principio, es la adopción.

Por ello, es opinión mayoritaria de la doctrina, a la que me adhiero, que en este caso es necesario dar a la voluntad, expresada en el consentimiento del marido/concubino de la madre a la realización del procedimiento, la fuerza creadora del vínculo filial, lo cual tendrá que hacerse explícitamente, por ser una excepción al principio general de que la filiación tiene fuente en el vínculo biológico. Cecilia P. Grossman afirma: *El hijo nacido de inseminación heteróloga o fecundación in-vitro, con óvulo de la mujer y semen de un donante, debe ser considerado en una reforma legal, como hijo matrimonial. La paternidad del marido de la madre se apoya en la voluntad del esposo de asumir el rol paterno exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento fecundante, y esta intención debe ser recogida por el ordenamiento como génesis del lazo filial paterno. De esta voluntad procreacional, surge para el esposo de la madre, no obstante la falta de nexo biológico con el nacido, la responsabilidad procreacional.* También la legislación existente es bastante homogénea en este sentido, de dar al consentimiento la fuerza creadora del vínculo filial. La Ley 35/88 de España establece, en su Art. 8º 1. que: *Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.* El Decreto que reglamenta la reproducción artificial en Costa Rica, No. 240029-S del año 1995, establece: Art. 8: el hijo que nazca como resultado de un tratamiento de técnicas de reproducción asistida, conforme a las disposiciones del presente Decreto Ejecutivo, será considerado como hijo del matrimonio, aun cuando en dicho tratamiento haya participado una tercera persona donante o células germinales –óvulo o espermatozoide-, la que no tendrá ningún derecho ni obligación sobre el nacido. También Suecia (Ley de Inseminación Artificial, 1985), Bolivia (Código de Familia, Art. 187), Holanda (Código Civil, Art. 201) y en varios Estados de Estados Unidos, como Nueva York, Kansas, Oklahoma, Georgia, Connecticut, California, se han dictado Estatutos que confieren al marido de la madre la responsabilidad parental, si hubiera dado su consentimiento para la realización del procedimiento.

Cabe resaltar que este tema está vinculado al anonimato del donante, pues, si se prohíbe la investigación de la identidad del donante, es evidente que el donante no es, ni podrá ser nunca, considerado padre del niño nacido con su semen. El anonimato del donante afecta asimismo al derecho a la iden-

tidad del hijo biológico del mismo. Este tema también es conflictivo y ello se refleja en la doctrina y la legislación. España (Ley 35/88) consagra el anonimato del donante, salvo casos excepcionales, en su Art. 5 inc. 5. En Inglaterra, el Acta de Fertilidad de 1990 no reconoce al niño el derecho de conocer la identidad del donante, sino sólo sus características genéticas. En Francia, (Ley 94-654 de 1994) se consagra el anonimato absoluto del donante, sin excepciones. Por el contrario, la Comisión Benda de Alemania aconseja conservar la información relativa al donante, a fin de que el niño, una vez cumplidos los 16 años, pueda conocer sus orígenes. En Austria, por la Ley del 1º de julio de 1992, se reconoce al niño el derecho a conocer, a partir de los 14 años, la identidad de su padre biológico. Esto también es así en Suecia (Ley 1140/84), y en Suiza, que introdujo por plebiscito en su Constitución Federal un nuevo artículo que dice, entre otras cosas que: *se garantiza el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia.*

Quienes sostienen que el anonimato debe ser respetado, se fundan en que es preferible en función al interés del niño, proteger la estabilidad de la familia, otorgando irreversiblemente al marido de la madre, la paternidad del hijo, y además de eso, no sería justo imponer al donante una paternidad que nunca quiso asumir. En este punto hay que detenerse para aclarar que no porque se permita al hijo investigar de quién procede biológicamente, quiere decir que se le va a permitir pedir el reconocimiento de la filiación que lo une al donante. Son dos derechos independientes. Es mi criterio que a ninguna persona puede negarse el derecho de conocer su identidad, pues ello es un derecho inherente a la personalidad humana, protegido por nuestra Constitución en su artículo 45. No podemos desconocer que la experiencia demuestra que, en los casos de hijos adoptivos, ellos en algún momento de la vida sienten la necesidad de saber quiénes son sus padres genéticos, aunque no deseen pedir el reconocimiento de la paternidad o maternidad de los mismos. Al respecto del derecho a la identidad, Luis Verruno dice lo siguiente: *La persona debe conocer su identidad o, por lo menos, saber que puede conocerla. El concepto de identidad comienza en el inicio de la vida, sin embargo, toma clara definición recién cuando es conocida…. El no permitir el desarrollo del niño sin darle la oportunidad de autoconocer su verdadera identidad debe ser considerado un delito grave. La defensa de la identidad por parte del ordenamiento jurídico impone sin duda la condición de respeto entre las personas.* El artículo 53 de nuestra Constitución Nacional se vería también sobrepasado, pues éste garantiza la igualdad de los hijos ante la ley, y establece que la ley posibilitará la investigación de la paternidad; y es una discriminación en contra de los nacidos por reproducción asistida con semen de donante, que no pueda conocer su origen biológico. Por su lado, la Ley No.

57/90, que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece, en su artículo 8: *Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño de preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.* Por último, la Ley 1680/2001, Código de la Niñez y la Adolescencia, establece en su artículo 18 lo siguiente: *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.*

Falta agregar que no comparto la tesis de que al donante no se le puede imponer la responsabilidad parental en ningún caso, pues si, eventualmente, hubiera un conflicto de intereses entre el niño y el donante, debe darse prioridad a los intereses del niño, como ya lo he afirmado antes. Esta situación puede plantearse en casos como el que se describe a continuación: La inseminación con semen de donante se realiza sin el consentimiento del marido/concubino de la madre, a pesar de que dicho requisito es consagrado por la ley como necesario para la realización del procedimiento. Entonces, el marido/concubino podrá impugnar con éxito la paternidad que surge por presunción de la ley. El hijo queda virtualmente sin padre. Dejarlo en orfandad legal para mi no es una solución viable. Alguien tiene que hacerse cargo, aunque sea de mala gana, de las responsabilidades paternas de ese niño que no pidió venir al mundo y al que el legislador debe proteger en la medida de sus posibilidades. Creo que por lo menos, debe dársele al hijo la opción de pedir el reconocimiento de la paternidad del donante, de quien desciende genéticamente. Previsiblemente el donante no será un buen padre para ese hijo, al igual que aquellos padres que no reconocen a sus hijos concebidos naturalmente y por ende, el hijo necesita recurrir a la acción de reconocimiento de filiación, pero peor es no tener padre en absoluto. Al donante no se le concederá tal facultad, pero sí la de ejercer las acciones civiles o criminales que correspondan en contra del médico o Centro Médico que realizó la fecundación sin exigir el consentimiento del marido.

Se trata, una vez más, de poner en la balanza los derechos de todas las partes afectadas y darle preeminencia al/los que pesan más, que son los del niño, pues nuestra misma Constitución Nacional así lo establece.

En conclusión:

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 éste hubiera prestado su consentimiento para la realización del procedimiento. La ley debe reconocer que el consentimiento tiene la entidad para dar sustento al vínculo filial, pues de lo contrario, en caso de conflicto, habría que otorgarle la paternidad del niño al donante.

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

d) En el caso 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.

INSEMINACION ARTIFICIAL POST-MORTEM

El carácter de la filiación de un niño concebido después de la muerte del padre es dudoso pues, en ese momento el vínculo matrimonial ya no existe y estaría vencido el plazo legal de presunción de la ley, establecido en el articulo 225 inc. a) del Código Civil, que dice: *Son hijos matrimoniales: …los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al matrimonio.*

Para la solución de los problemas de filiación que surgen en la inseminación artificial post-mortem, también se debe dar prioridad a los derechos del niño así nacido. Por ello, la ley puede establecer excepciones a la regla general establecida más arriba, para no privarles a los hijos fruto de una inseminación post-mortem del carácter matrimonial de su filiación, siempre que ésta se realice bajo ciertas condiciones, ya que, después de todo, son hijos

biológicos del marido de la madre, y bastante perjuicio ya sufrirán por nacer sin padre.

Se cuestionan asimismo los juristas si debería sancionarse la realización de este procedimiento, (cuando se hubiera decidido prohibirlo), con la desheredación del niño así nacido, para prevenir que la mujer utilice esta técnica con el objeto de heredar al exmarido. Partidario de la desheredación es el Informe Warnock (Inglaterra). La Ley Española admite la inseminación post-mortem, bajo ciertas condiciones, y se ha adherido a la postura citada más arriba, desheredando al niño nacido así, en caso que el procedimiento no se realice en las condiciones permitidas por la ley. Incluso, la Ley Española ha llegado al extremo de negar el reconocimiento del vínculo filial a los niños así nacidos, en casos de incumplimiento de los requisitos, lo cual me parece un despropósito pues con el objeto de evitar los abusos en que incurren los beneficiarios de las técnicas (mujer), se castiga a los hijos de ésta.

En el estado actual de nuestra legislación, los hijos concebidos post-mortem heredarían a su padre premuerto, pues no hay ninguna disposición legal que deniegue la capacidad de heredar a los no concebidos a la fecha de la muerte del causante, como por ejemplo sí la hay en Argentina y Méjico. Pero sí cabe preguntarnos cuáles son los derechos que puede ejercer en razón de la época en que se produjo la concepción. Pues si para cuando el niño es concebido ya se han adjudicado todos los bienes a los herederos que existían al momento de la partición, su derecho quedará en la práctica, inválido.

Propongo 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 post-mortem sin que se den conjuntamente todos estos requisitos, serán considerados extramatrimoniales. En ambos casos, tendrán derecho a heredar.

BIBLIOGRAFIA

a) Libros nacionales:

MORENO RUFINELLI, José A. Derecho Civil. Parte General. Editorial Intercontinental. 1993. Asunción-Paraguay.

PANGRAZIO, Miguel A. Código Civil Comentado. Libro Primero. Editorial Intercontinental. 1994. Asunción-Paraguay.

PUCHETA DE CORREA, Alicia Beatriz. Derecho del Menor. Instituciones. Tomo I. Editorial La Ley 1994. Asunción-Paraguay.

b) Leyes nacionales:

Constitución Nacional del año 1992.

Ley 1.183/85. Código Civil.

Ley No. 1680/01. Código de la Niñez y Adolescencia.

Ley 1/92. De reforma parcial del Código Civil.

Ley 1137/88. Código Procesal Civil.

Ley 294/93. Que modifica el Código Civil y establece la igualdad de los hijos en el Derecho Hereditario.

c) Tratados Internacionales ratificados y canjeados por nuestro país.

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Aprobada y proclamada por unanimidad por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

LEY 1/89. Que aprueba y ratifica la Convención Americana sobre derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

LEY 57/90 Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

d) Libros extranjeros.

BOSSER, Gustavo A. ZANNONI, Eduardo A. Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad. Ley 23.264. 3º Reimpresión. Editorial Astrea. 1992. Buenos Aires-Argentina.

GAFO, Javier. ALBRISQUETA, José Antonio. LOPEZ AZPITARTE, Eduardo. Fundamentación de la bioética y manipulación genética. Editorial Sal Terrae. Madrid-España.1988.

GROSSMAN, Cecilia P. Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido. Editorial Abaco de Rodolfo Desalma.

LLEDO YAGUE Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecnos S.A. 1988. Madrid, España.

MARTINEZ, Stella Maris. Manipulación Genética y Derecho Penal. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 1994.

SOTO-LAMADRID Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Editorial Astrea 1990. Buenos Aires. Argentina.

LOYARTE, Dolores. ROTONDA, Adriana E. Procreación humana artificial: un desafío bioético. Editorial Desalma. 1995. Buenos Aires-Argentina.

ADORNO, Roberto. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina. CHIESA, Pedro. MARTINEZ, Antonio. El derecho frente a la procreación artificial. Editorial Abaco de Rodolfo Palma. Buenos Aires. Año 1997.

RAMOS, Rodolfo. Fecundación Asistida y Derecho. 1º Reimpresión. Editorial Juris. Santa Fe-Argentina. Año 1998.

SISTEMA PENAL Y MENORES. INSTITUCIONES DEL DERECHO DE MENORES (*)

Por Juan Carlos Fugaretta

Argentina asumió en 1990 un compromiso con la comunidad internacional en cuanto al respeto de los derechos del niño. En 1994 al reformar la Constitución de la Nación vuelve a ratificar tal compromiso al incorporar en el cuerpo de la Carta Magna los tratados de Derechos Humanos que el país había suscrito hasta ese momento.

La norma internacional recepta el sistema de responsabilidad penal, definiendo a los menores de 18 años como "sujetos de derechos" a quienes se les debe garantizar tratamiento similar al de los adultos, es decir rodeados de todas las garantías de respecto a "sus derechos" especialmente al ser imputados de delitos.

Consiste en el armado de un dispositivo específico para adolescentes donde se trabaja la responsabilidad de éstos, en relación con el acto ilícito cometido. Las consecuencias jurídicas de esa responsabilización se traducen en el tipo de sanciones aplicables, que tienen como medida excepcional y última la privación de libertad.

Reiteramos, el sistema de responsabilidad penal se ha pensado como un sistema respetuoso de las garantías individuales, con un componente pedagógico, que tiene como finalidad enfatizar las relaciones del joven con su medio sin perder de vista la etapa evolutiva en la que se encuentra, no es un simple sistema de garantías. Si así se pensara no sería necesario un régimen

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

de excepción, pues bastaría con aplicar un régimen similar al de los adultos donde se respetan todas las garantías.

Se enfatiza en las soluciones alternativas a la internación en instituciones, como las órdenes de intervención y supervisión, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, a las que también se pueden agregar la conciliación o la suspensión del juicio a prueba, donde la víctima como el imputado encuentran un espacio de consensos para la resolución de los conflictos. En un régimen penal de adultos estas soluciones alternativas necesitarían una legitimación (modificación del Código Penal) que en el caso de menores de edad está dada por el componente pedagógico arriba enunciado.

Antes de continuar con la aproximación penal del menor de edad debemos integrar dos conceptos que realmente surgen como complejos y difíciles. Quiénes son los excluidos del derecho y una breve referencia al control social. Este último tan reclamado por importantes sectores sociales en un sentido opuesto a la institución, ya que encierra un mensaje de represión.

LOS EXCLUIDOS DEL DERECHO

El pobre actual no posee nada, ni siquiera puede ofrecer su fuerza laboral, no es amparado por el Derecho Laboral, ni los sindicatos; en otro sentido no tiene ni el carácter de asentamiento legal de su morada, vive de la pobreza – caridad y del laboro ilegal (economía informal).

La transmutación del pobre de abajo se convirtió en el pobre de afuera y el de afuera no tiene contención estamental, es estructuralmente un “excluido del derecho”.

Estar excluido del derecho, significa no poder valerse del ordenamiento jurídico como práctica real de vida, significa no poder acceder al trabajo, educación, salud, pretensión en derecho; ni exigir un estatuto legal que lo ampare como es el ejercicio del derecho; ya decía Max Weber, el no tener “posición estamental”, implica exclusión y adquiere otra identidad “sistemática”, por ejemplo la identidad territorial de la villa, como opción eternizante.

Esta situación del sujeto excluido es estructural en varios aspectos: laboral, educacional, territorial, y desvalorizante, pues la segregación lo excluye hasta del contradictorio en derecho, es cuasi un “no sujeto” relacional.

El espacio de expresión de los excluidos laboralmente está en el cuentapropismo, vendedores ambulantes, violencia, robos, todas situaciones que le permiten al Estado consolidar la exclusión, por la persecución. Dentro de la sociedad civil gobernada, el Estado se esfuerza con su poder en defender a los incluidos, ejerciendo un férreo control social (La Ley 8/5/97).

EL CONTROL SOCIAL

Puede entenderse el mismo como el conjunto de instrumentos (generalmente normativos), instituciones y acciones, encaminadas al cumplimiento de los fines y valores propuestos por el sistema imperante, logrando en esta forma mantener el orden social.

El cumplimiento de estos fines y valores puede obtenerse en dos formas: por consenso, cuando se logra convencer a la colectividad de la bondad de lo propuesto, o por coerción, sancionando a todo aquel que vaya en contra.

El control social formal constituye básicamente el aparato oficial del Estado, en sus diversas manifestaciones, administrativo, fiscal, aduanero, sanitario, educacional, penal, entre otras.

El control social informal se ejerce a través de las instituciones de la sociedad que por lo general intervienen en los procesos de socialización primaria.

Así, puede haber un control familiar, religioso, escolar, académico, ideológico, laboral, comunitario, entre tantos, y desde luego el de costumbres que hacen a cada nicho ecológico social.

Los fines y valores propuestos por cada una de estas instituciones pueden coincidir entre sí o ser divergentes, pueden concordar con la legislación vigente o ser antagónicos a la misma.

La tendencia del Estado a concentrar en sus manos el control social informal, anteriormente ejercido por la comunidad, la familia, la iglesia y demás instituciones civiles, ha debilitado y prácticamente deslegetimizado a dichas instituciones como agentes efectivos de pacificación y orden, quitándoles su función educativa y socializante.

EL ACTUAL SISTEMA PENAL

La actual legislación penal de menores se halla lejos de satisfacer las garantías de las que son titulares los jóvenes conforme a la legislación internacional de la que Argentina es signataria.

Es necesario recordar que la concepción de la legislación federal vigente involucra la idea de protección desde la ideología del niño "objeto" de protección. Resulta ésta la idea que deviene del desarrollo del siguiente pensamiento: todo adulto que intervenga en la vida de un joven, lo hace a título de un "buen padre de familia". Para esta corriente de pensamiento, todo joven que comete un delito, es sólo una persona que no ha sido suficientemente educada y por ello el Estado debe protegerlo para lograr que no vuelva a delinquir, sin considerar necesario que en el proceso de intervención en la vida del mismo, se respeten las garantías que naturalmente operan respecto de todo adulto. Dentro de este concepto, tampoco la familia ha ocupado un lugar de importancia, siendo reemplazada por la acción del Estado, que en muchos casos a pesar de la mentada "protección" desvincula a la familia con el menor dispuesto, resultando muy trabajoso luego volver a entablar una buena relación con sus orígenes.

Nostálgicos de ello quedan vastos sectores de nuestra comunidad, aunque limitados, por la falta de recursos del Estado y además por el cambio de paradigma que la Convención de los Derechos del Niño ha traído, al elevar al menor a la categoría de sujeto de derecho.

Nos encontramos ubicados en el interregno en el que desde lo intelectual se acepta la Convención y desde la acción se persiste en mantener un modelo en retirada; este doble discurso es el que diariamente se sigue aplicando bajo la vigencia de la ley 22.278. Donde la "disposición", medida que queda sujeta a la voluntad de un juez, sigue primando, implicando ello una verdadera arbitrariedad, pues es una medida que se toma sin tener en cuenta las garantías básicas, y se hace conforme la convicción de ese Juez, ya que la ley permite disponer a pesar de no haber cometido delito alguno.

El Art. 2 º de la ley dispone que el Estado ha renunciado a la sanción penal por la acción que desarrolle un menor, pero no obstante, se puede "disponer" de un menor sin proceso penal, ya que por imperio del "Patronato", potestad de la que son titulares los jueces de menores, están legitimados jurídicamente para ordenar lo que crean que es más conveniente (encierro) para ese menor. Obsérvese que tal concepto implica la concreción del manejo de

un niño, conforme su leal saber y entender, en función de la posición ideológica de ese Titular.

En este sentido es sumamente ilustrativo recordar que las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad", han tipificado en forma clara que privación de libertad es tanto el encarcelamiento como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial o administrativa (Anexo 2. 11. b.). Entendemos en consecuencia que cualquier disposición de encierro de un niño, implica una privación de libertad y para ello deben darse las máximas garantías en función de la edad del dispuesto. Aquí vuelve a surgir el dilema, la protección de la legislación internacional de aplicación irrenunciable en nuestro país, ha centrado la protección en los derechos de los menores, es decir, que tienen derechos a ser respetada su libertad, en función de su edad, porque ahora importa sobremanera qué opinión le merece a ese niño la acción que están dispuestos a realizar los adultos que han aparecido en su vida.

El artículo 3º define la "disposición", a poco de analizarla, se concluye que es una medida avasalladora de los derechos de los niños, pues implica la posibilidad de manejarlo como un objeto, en función de las tipificaciones de las instituciones donde se lo aloje cuando es internado. Dicha medida muchas veces implica alejarlo de su familia e imposibilitar así la visita; recordemos que en muchos de estos casos, las familias tienen graves carencias económicas las que no le permiten desplazarse para realizar las visitas que serían las ideales para el juzgado interviniente.

Este artículo también enuncia que el Juez es el garante de las medidas que se desarrollen con el menor, pero parece que esa idea de garante, no ha logrado encarnarse en las decisiones, la ley enuncia que tal providencia es para proteger al menor y para ello se podrán disponer todas las medidas que el juez considere convenientes. Desgraciadamente la experiencia nos demuestra que han sido aisladas las medidas que se han realizado como alternativa a la internación. En resumidas cuentas, sólo se ha internado o dejado en libertad, muchas veces sin respetar la idiosincrasia del menor dispuesto, en especial cuando es alojado en algún lugar donde se mezclan provenientes de diferentes geografías.

El inspirador de la norma que fue el Dr. Mario H. Pena, decía que este artículo tercero representaba la llave a la imaginación de los jueces, pues todas las medidas alternativas que se les ocurran son posibles de arbitrar, al

no tener límite alguno la norma. Recordemos que la fórmula de la ley dice: "3° …a) La obligada custodia del menor por parte del Juez, para procurar la adecuada formación mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificadas en su beneficio".

Siguiendo el razonamiento que hemos ensayado, cabe preguntarnos, ¿es posible conciliar la ley 22.278 y la Convención? Entiendo que sí, y éste es el terreno. El límite reclamado a la "disposición" lo establece la misma Convención cuando en el artículo 40, inciso 4, dispone que toda medida que se tome con el menor deberá ser apropiada para su bienestar y lo más importante que deberá guardar "proporción" tanto con sus circunstancias como con la infracción. Entonces hoy se puede pensar que aquel reclamo a la imaginación que se hacía en los años ochenta, se puede integrar con las medidas que la misma Convención ejemplifica.

Se llega al artículo cuarto que instala en el horizonte jurídico la "incertidumbre" como forma de castigo, pues se somete al menor a una espera que puede concluir en sanción o en perdón, pero que no sabrá cuándo se ha de producir. Este artículo cuarto viola el espíritu de los incisos 1, 2 – b – III de la CDN, donde se dispone que rodeado de todas las garantías, la causa en la que se involucra a un menor como autor de un delito se resuelva sin demora. Es decir que la intervención del Estado no puede durar un tiempo que es imposible de pensar en un adulto. Este tema de la desproporción comparativa entre la intervención en la vida de un menor y un adulto cuando comenten acciones disvaliosas similares, fue materia del caso "Gault" en Estados Unidos cuando corría la década de los sesenta.

No obstante, en este artículo en estudio se instaura la posibilidad de rebajar la pena conforme la escala para la tentativa, el manejo de tal situación acarrea en los niños daños serios. Para otros representa la voluntad del Estado de dar una nueva oportunidad, cuando el juez ha decidido que debe imponer una sanción penal a ese menor infractor.

Volvemos al asunto constitucional, entendemos que el juez no se halla embretado en imponer la pena de encierro o la libertad, ya que al estar modificada esta ley por una superior, a los jueces se le abren numerosas posibilidades para la concreción de este artículo 4°.

Especialmente, se torna "inconstitucional" la espera referida a que el menor cumpla los dieciocho años o, se lo someta a un tratamiento de por lo

menos un año. Es evidente que el espíritu de la Convención nos nutre en la idea del respeto de los derechos del menor, y uno primordial es justamente que si necesita un castigo su acción, se la imponga en tiempo oportuno y no cuando su evolución le ha cambiado la vida, apareciendo la sanción como la absolución, fuera de contexto de la vida de ese menor. Es que la resolución de una acción ocurrida hace más de dos o tres años, a esas edades, de cambio rápido y constante, no puede ser comprendida por los jóvenes por la falta de atención a su realidad existencial.

En la ley vigente se hallan cuestionados los principios de discrecionalidad, el de proporcionalidad, y por ende el de legalidad. Ante el maltrato a que es sometido un menor y la renuencia de los tribunales en receptar la normativa internacional como legislación positiva, se impone avanzar en proyectos nuevos que contemplen toda la incidencia de la legislación internacional.

EL CAMBIO NECESARIO

Partiendo de la falta de adecuación de la legislación vigente a la Convención sobre los Derechos del Niño y, teniendo en cuenta la sensibilidad que la opinión pública tiene de estas problemáticas, se debe crear un nuevo orden jurídico que atienda a aquellas exigencias e inaugure una nueva perspectiva legal más humana, donde la sanción represente una verdadera protección de los derechos de cada menor infractor.

En ese nuevo orden federal, tendrá que contemplarse la posibilidad de revisar la edad de imputación de acciones disvaliosas de un joven, dentro de las garantías suficientes, que conforme a la edad de cada menor, y en función de la acción desarrollada, pueda ser acreedor a una sanción, que en una escala contemple, desde un leve llamado de atención a otra más seria.

Cuando el menor ha cometido actos de una magnitud importante deberá ser pasible de una sanción acorde, que en última instancia y conforme la Convención de los Derechos del Niño podrá llegar a una internación. Pero a su vez, deberá preverse, si el Juez lo considera posible, que en cualquier momento podrá reemplazar el encierro por otras sanciones alternativas.

LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Las medidas alternativas a la prisión implican la adopción de un tipo de sanciones que contribuyen a los cambios del comportamiento del joven que

ha protagonizado una acción disvaliosa, teniendo como objetivo final, una menor reincidencia.

La limitación del uso de las sanciones tradicionales, se impone, puesto que su impacto en los jóvenes, como en el resto de la sociedad, se halla lejos de ser eficiente. La detención no demuestra tener impacto positivo alguno en términos de cambios favorables de conducta; esto, sin hablar de efectos secundarios negativos, como la estigmatización y la separación temporal del hogar. Las condenas a privación de la libertad de ejecución condicional difícilmente funcionan como verdaderas condenas, ya que sólo en raras ocasiones se practica la detención, cuando un joven no cumple las condiciones. Las condenas suspendidas no inducen activamente a una conducta positiva. La significación de las multas puede también cuestionarse, puesto que se cree que muchas de ellas no son pagadas por los jóvenes mismos sino por sus padres. (Peter H. Van Der Laan, Pág. 216 Delito y Seguridad de los habitantes).

Es de tener en cuenta que las sanciones alternativas contribuyen a la formación de un sistema de justicia educativo, en razón de los principios concretos que las sustentan. Se responsabiliza personalmente a los jóvenes. Ellos mismos tienen que realizar ciertas tareas que son útiles para otros. Se exige un compromiso real, cuyo incumplimiento provocará la imposición incondicional de una sanción penal tradicional. En todo momento, hasta donde resulta posible, se enfrenta a los jóvenes al daño, perjuicio o calamidad que han ocasionado. Ellos mismos deben reparar el daño o hacer una reparación simbólica que resulta beneficiosa para la comunidad.

Se produce así algún tipo de compensación, retribución o restitución. Además, mediante la realización de proyectos de trabajo concretos, los jóvenes pueden tener experiencias positivas que nunca antes, en un importante número de ellos, habían tenido, como es: sentirse apreciados, ser reconocidos por primera vez, volver ser visibles a los demás, lograr que el mundo adulto se detenga ante la persona humana del menor que ha cometido el delito, en pocas palabras, sentirse que “es” una persona. Además respetar compromisos, trabajar en equipo, adquirir una experiencia laboral que cimiente el comienzo de la cultura del trabajo, tan necesaria en los jóvenes.

En la selección de las alternativas será necesario observar la conveniencia en cada caso, para algunos quizás alcance con un proyecto de trabajo, en cambio, para otros, será de mayor importancia un proyecto de capacitación, fundamentalmente, porque no se dirigen tanto al delito cometido como

a las circunstancias personales y a la situación del joven delincuente. Las condiciones concretas de la persona y su situación crean un panorama en el que un joven corre el riesgo de entrar en problemas. Ayudando a cambiar estas circunstancias será más fácil para los jóvenes abstenerse de delinquir. Podría decirse que los proyectos de capacitación están más orientados al futuro que los proyectos de trabajo. Además la posibilidad de realizar contrataciones directamente con el joven, como son todos los pequeños acuerdos en los que se asienta la tarea de capacitación.

Quizás una de las aristas que debe tener en este trabajo, mayor atención sea el acuerdo y el contrato posterior. El acuerdo importa para el joven oír su opinión, darle tiempo a una meditación, y luego libremente la toma de decisión. Toda esta compleja trama que mecánicamente realizamos todos los días sin llamarnos la atención, para los jóvenes en riesgo o que han cometido delitos, resulta una novedad, es una posibilidad de reconocerse como personas. Diríamos que es algo así como mirarse en un espejo y darse cuenta de su tamaño, de su cuerpo.

Dentro de este concepto es importante recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el artículo 40 inciso 3 apartado b) la posibilidad de no recurrir a procedimientos judiciales respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales, para luego en el inciso 4 desarrollar el concepto de alternativas a la internación en instituciones.

La Convención posibilita así la remisión que es contemplada en las Reglas de Beijing conforme el artículo 11, tiende a la reorientación del problema juvenil a servicios apoyados por la comunidad, esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia, especialmente en aquellos casos en que le delito no es grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social informal reaccionan ante el hecho dañoso. Estos programas requieren el consentimiento del menor y el posterior acuerdo.

Es evidente que la revalorización del joven produce efectos de tal trascendencia que pueden salvar a muchos de la recaída en el delito.

BIBLIOGRAFIA

CRIMINALIDAD DE MENORES. Luis Rodríguez Manzanera. Editorial Porrua. México. 1987.

Banco de datos del derecho de menores y de la familia. Daniel H. D'Antonio. Zeuz Editora. 1983.

Régimen legal de filiación y patria potestad. Gustavo A. Bossert – Eduardo A. Zannoni. Astrea. 1985.

UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2002. Naciones Unidas. N. Y.

Maltrato y violencia infanto – juvenil. Esther Romano y Juan Carlos Fugaretta. Compiladores. Nuevo Pensamiento Judicial Editora. 1998.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. (1994)

Nuevas perspectivas interdisciplinarias en violencia familiar. Juan Carlos Fugaretta y Esther Romano. Compiladores. Ad Hoc. 2001.

JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PARAGUAY (*)

Por Teresa Martínez

La justicia penal juvenil en el Paraguay está en pleno proceso de reforma. Ya contamos con un nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 1680/01. Este proceso de reforma ha comenzado hace 10 años, es decir desde el momento en que Paraguay ratificó la convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño en 1990, por Ley N° 57.

Este largo proceso ha sufrido innumerables avances y retrocesos por la gran dificultad que implica el cambio de paradigma, en virtud de lo cual se debe pasar de una doctrina a otra. Este cambio se dio en la norma, pero no así en la conciencia de los juristas y menos aún en los ciudadanos, quienes siguen aferrados a la caduca doctrina de la situación irregular que considera al adolescente como objeto de compasión, represión y no como sujeto de derechos.

La Doctrina de la Protección integral se constitucionaliza desde el momento que la C.N. de 1992 establece en el Art. 54 DE LA PROTECCION AL NIÑO: "La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción a sus infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevalente".

Así mismo el nuevo sistema penal también se ha visto influenciado, aunque muy superficialmente, por la nueva doctrina de la Protección Inte-

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

gral. Por ejemplo la ley 1160/97 Código Penal establece: Fuente: Art. 311 AMP (Anteproyecto Ministerio Público) Artículo 322.- Atenuante para menores penalmente responsables Hasta que una ley especial no disponga algo distinto, se considerará como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal el que el autor tenga entre catorce y diez y ocho años de edad.

De igual modo observamos en la Ley 1286/98, en el:

TITULO IV
PROCEDIMIENTO PARA MENORES

Art. 427 CPP REGLAS ESPECIALES. En la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en los cuales se señale como autor o partícipe a una persona que haya cumplido los catorce años y hasta los veinte años de edad inclusive, se procederá con arreglo a la Constitución, al Derecho Internacional vigente y a las normas ordinarias de este código, y regirán en especial, las establecidas a continuación.

1) Objeto del proceso y la investigación. El proceso al adolescente tiene por objeto verificar la existencia de una acción u omisión considerada como delito o crimen según la ley penal ordinaria, determinar quién es su autor o partícipe, y ordenar la aplicación de las medidas que correspondan;

2) Comprobación de la edad. La edad del adolescente se comprobará con el certificado de nacimiento, pero a falta de éste, el juez penal juvenil resolverá en base al dictamen pericial, efectuado por un médico forense acreditado o por dos médicos en ejercicio de su profesión. En la pericia deberá intervenir además, un psicólogo forense, quien agregará sus conclusiones en el dictamen. El dictamen deberá realizarse y remitirse en un plazo que no excederá de setenta y dos horas después de notificada la resolución que la ordene;

3) Declaración del adolescente. Se garantizará la entrevista del adolescente con su abogado previa a la audiencia. La declaración del adolescente se efectuará ante el juzgado y deberá recibirse en presencia del defensor público o particular si lo tuviere, pudiendo intervenir el fiscal competente. Ningún adolescente será sujeto de interrogatorio por autoridades policiales sobre su participación en los hechos investigados. El incumplimiento de esta disposición implica la nulidad de lo actuado;

4) Régimen de libertad. El adolescente sólo podrá ser privado preventivamente de su libertad cuando fuere sorprendido en flagrancia o por orden judicial escrita.

Resolución inmediata sobre la libertad. Cuando el adolescente estuviera detenido por flagrancia y fuere puesto a disposición del juez, éste resolve-

rá inmediatamente sobre su libertad; u ordenará la aplicación de alguna medida provisional si fuera procedente, sin perjuicio de que el ministerio público continúe la investigación.

Medida provisional. El juez con base en las diligencias de investigación y previa declaración del adolescente, resolverá si procede aplicarle una medida en forma provisional;

5) Organos intervinientes. Los órganos jurisdiccionales, fiscales y de la defensa pública intervinientes en este procedimiento, serán aquellos que tengan la competencia y jurisdicción correspondiente; y se integrarán conforme a las reglas que este código establece para los órganos creados;

6) Forma del juicio. El juicio se realizará a puertas cerradas, salvo que el imputado o su representante legal requieran la publicidad del juicio;

7) Participación de los padres o interesados legítimos. Los padres o quienes lo hayan tenido a su cuidado, guarda o tutela, podrán asistir al juicio y participar en la defensa del adolescente;

8) Investigación socio-ambiental. Será obligatoria la realización de una investigación sobre el adolescente, dirigida por un perito, quien informará en el juicio;

9) División obligatoria. Será obligatoria la división del juicio prevista por este código.

Como podrán observar de la simple lectura de estas disposiciones normativas vemos un adelanto con relación al sistema anterior, en cuanto al tratamiento que se da al infractor juvenil en el proceso. Si bien no se ha alcanzado el nivel de acatamiento de los convenios internacionales, tal como se comprometiera el Estado Paraguayo, hemos tenido un notorio avance. Estos avances sin embargo no fueron suficientes, y a la fecha con la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, que crea una justicia especializada para los adolescentes infractores a ley penal, tendremos bien diferenciada la figura del infractor juvenil [considerado como un ser humano en proceso de desarrollo] del delincuente mayor, pero no por el entendimiento simplista de que estamos ante un sujeto diferente, sino porque el Estado paraguayo ha tomado la decisión política de sancionar de modo diferente a los adolescentes, es decir a las personas que tengan entre 14 y 17 años de edad, de un modo distinto a los adultos por su conducta violatoria de las disposiciones penales. Ya no habla de sanciones sino de medidas, y establece la inimputabilidad del adolescente desde los 14 hasta los 17 años, determinando, sin embargo, claramente la responsabilidad penal del adolescente infractor. Se enuncian una serie de medidas aplicables al infractor, todas ellas tendientes a su educación, para su reincersión, la única sanción admitida para estos adolescentes constituye pues una medida, que pueden ser de tres tipos: Socio-educativas, Correccionales y Privativas de Libertad.

Anteriormente, la regla era la privación de libertad, y bajo determinadas condiciones, se imponían medidas alternativas a la privación de libertad. Pero la doctrina de la protección integral indica que debe ser al revés: la medida de privación de libertad es la última ratio, es decir la excepción y las medidas no privativas, la regla general. Esto se halla perfectamente claro en el Código de la Niñez y la Adolescencia pues en su Art. 192 establece: "Con ocasión de un hecho punible realizado por un adolescente podrán ser ordenadas medidas socio educativas. El hecho punible realizado por un adolescente será castigado con medidas correccionales o con una medida privativa de libertad, sólo cuando la aplicación de medidas socioeducativas no sea suficiente...".

Estamos pues ante una perspectiva diferente; el adolescente infractor solo puede ser sancionado con medidas, para él la privación de libertad es la medida alternativa a las demás medidas no privativas, es decir los criterios sancionatorios son absolutamente distintos a los establecidos en el sistema penal de adultos, donde para aplicar medidas alternativas a la privación de libertad se establecen ciertos requisitos establecidos en el Art. 245 del CPP.

Esto tiene su razón de ser en el nuevo juicio de reproche que se realiza en la Justicia Penal del Adolescente, en donde a más de los elementos tradicionales de todo juicio de reproche, Capacidad para Conocer y Capacidad para poder conducirse conforme a ese conocimiento, se agrega, la madurez sico social, Art. 194 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Todo sistema de responsabilidad penal juvenil debe responder penalmente conforme a la fase evolutiva del adolescente, lo que supone contar con un catálogo de medidas (sanciones) siempre determinadas en el tiempo. Estas deben ser amplias, flexibles y susceptibles de ser cumplidas en el propio espacio del adolescente. Suponen estimular, potenciar la participación social en la adopción y ejecución de la medida adoptada, a fin de limitar los procesos de exclusión social y facilitar los procesos de autoafirmación y de inserción social de los jóvenes.

Seguidamente ofrecemos un resumen de casos atendidos por la fiscalía de la unidad Especial del Menor infractor a cargo de la expositora, en el primer semestre del año 2000, al simple efecto de ejemplificar, y que si bien en estos tres últimos años este número se ha incrementado, esto no ocurre sólo con los adolescentes. El resumen clasifica los casos y detalla las medidas aplicadas.

El libro V de CNA Ley 1680 tiene su fuente principal en la Ley Penal Juvenil de Costa Rica, que ha adecuado plenamente la norma a la doctrina de la protección integral, que nos trae una perspectiva distinta para el tratamiento al adolescente infractor teniendo en cuenta todo su contexto social, no sólo su hecho infractor.

En la revisión del libro V del CNA no podemos obviar la necesaria remisión que hace esta norma al Código Penal y Procesal Penal en forma subsidiaria y siempre que no contradiga los principios generales de la nueva ley.

El Código Penal establece que una persona es reprochable penalmente desde los 14 años, pues el Art. 21 de dicho cuerpo legal establece: Está exenta de responsabilidad penal la persona que no haya cumplido catorce años de edad. Este código penal establece sanciones para los que cometan un hecho punible.

El CNA establece Art. 192: Las disposiciones de este libro (V) se aplicarán cuando un adolescente cometa una infracción que la legislación ordinaria castigue con una sanción penal. De conformidad a la ley 1702, modificada actualmente por la Ley 2179/03, la adolescencia se alcanza a los 14 años de edad. Sin embargo hay que tener en cuenta que con la vigencia del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, el adolescente es penalmente responsable por la comisión de un hecho antijurídico, pero de conformidad y con el alcance de este nuevo código, es decir no es imputable con los alcances de la justicia penal ordinaria.

Nuestro código Penal actual Ley 1160/97, en el título de las definiciones, contempla la Sanción: definiéndola como las Penas y las Medidas. En la doctrina las medidas no son penas y por ello no se hallan sometidas al principio de culpabilidad, pero sí al de proporcionalidad, por ser la medida una sanción de naturaleza diferente a la pena.

Así mismo el C.P. de referencia contempla una serie de medidas, determinando también la forma y fines de aplicación como veremos en la trascripción de sus disposiciones.

Artículo 72.- Clases de medidas

1º Las medidas podrán ser privativas o no de la libertad y serán de vigilancia, de mejoramiento o de seguridad.

2º Son medidas de vigilancia:
1. la fijación de domicilio;
2. la prohibición de concurrir a determinados lugares;
3. la obligación de presentarse a los órganos especiales de vigilancia.

3º Son medidas de mejoramiento:
1. la internación en un hospital siquiátrico;
2. la internación en un establecimiento de desintoxicación.

4º Son medidas de seguridad:
1. la reclusión en un establecimiento de seguridad;
2. la prohibición de ejercer una determinada profesión;
3. la cancelación de la licencia de conducir.

MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Artículo 73.- Internación en un hospital siquiátrico

Artículo 74.- Internación en un establecimiento de desintoxicación

Artículo 80.- Relación de penas y medidas

1º Las medidas de internación serán ejecutadas antes de la pena y computadas a ella. La medida de reclusión se ejecutará después de la pena.

2º Lograda la finalidad de la internación en un hospital siquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación, el tribunal podrá suspender, a prueba, la ejecución del resto de la pena cuando:

1. se halle purgada la mitad de la pena; y

2. atendidas todas las circunstancias, se pueda presumir que el condenado, una vez en libertad, no volverá a realizar otros hechos punibles.

3º A los efectos del inciso anterior se dispone:

la prisión preventiva u otra privación de libertad será considerada como pena purgada.

MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Artículo 81.- Prohibición del ejercicio de profesión u oficio.

Artículo 82.- Cancelación de la licencia de conducir.

Artículo 83.- Revocación de las medidas.

El tribunal revocará las medidas cuando, transcurrido el período mínimo establecido en los artículos 81 y 82, hayan desaparecido sus presupuestos.

Artículo 84.- Reglas básicas para la imposición de medidas de seguridad.

1° El tribunal podrá ordenar una o varias medidas conjuntas. Serán varias medidas si se dieran los presupuestos para ello; y una sola, si ella bastare para lograr la finalidad deseada, en cuyo caso se elegirá la menos gravosa para el autor.

2º Las medidas de internación en un hospital siquiátrico o establecimiento de desintoxicación podrán ser ordenadas, aun cuando sea imposible llevar adelante el proceso penal.

Artículo 85.- Ejecución de las medidas

Las medidas serán ejecutadas dentro de los límites legales y sólo por el tiempo que su finalidad requiera.

Lo auspicioso del nuevo CNA es que en el libro V de Los infractores a la ley Penal, claramente aborda la problemática deshaciéndose de la tradicional fórmula del juicio de imputabilidad, o culpabilidad. En caso que un adolescente fuere acusado por la comisión de un hecho punible, solo se le podrá aplicar medidas, no penas. Medidas que son de diversas clases; se dimensiona el problema desde la perspectiva de la responsabilidad penal juvenil, es decir considerando especialmente la condición de ser humano en proceso de desarrollo, que no está en condiciones de satisfacer sus necesidades, por sí mismo, y desde luego no está obligado a ello; por ende ése es el límite del Estado de hasta donde hacerlo responsable por la comisión del injusto. Es decir que esta condición es la que pone límites precisos en el tiempo de duración de éstas medidas, límites que son muy distintos a los señalados en el Código Penal. Por ejemplo, las medidas socio educativas no pueden exceder en su duración el plazo de dos años, salvo caso que por razones de educación del adolescente sea necesario prorrogarlo; en este caso debe hacerse antes del vencimiento de la medida y esta prórroga sólo podrá extender la medida hasta tres años. Para las medidas correccionales no se establecen plazos, debido a su naturaleza. Para la medida privativa de libertad se establece un plazo máximo de 8 años, no establece un plazo mínimo, en consecuencia siguiendo lo preceptuado en el C.P. el mínimo es de 6 meses.

Las Medidas establecidas en el CNA son:

a) Las medidas socio educativas
b) Las medidas de protección y apoyo
c) Las medidas correccionales
d) La medida privativa de libertad.

Una mención especial a las Medidas de VIGILANCIA, DE MEJORAMIENTO Y DE SEGURIDAD, pues el CNA especifica que de las previstas en el Código Penal solo podrán aplicarse: 1. la internación en un hospital psiquiátrico, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 72, inciso 3º, numeral 1 del C.P. 2. La internación en establecimiento de desintoxicación, conforme a lo establecido en el Art. 72 inc. 3º numeral 2 del CP; y 3. La cancelación de la licencia de conducir, conforme a lo dispuesto en el Artículo 72 inc. 4º numeral 32 del CP.

El código igualmente posibilita la combinación de las medidas socio educativas y las medidas correccionales, así como varias medidas socio educativas y varias medidas correccionales, las cuales podrán ser ordenadas en forma acumulativa.

Con la medida privativa de libertad sólo se admite la posibilidad de imponer obligaciones. Esto es absolutamente coherente con la lógica seguida por el CNA, pues sólo se aplicará esta medida cuando: a) las medidas socioeducativas y las medidas correccionales no sean suficientes para la educación del condenado; b) la internación sea recomendable por el grado de reprochabilidad de su conducta; c) el adolescente haya reiterada y gravemente incumplido en forma reprochable medidas socioeducativas o las imposiciones ordenadas; d) anteriormente se haya intentado responder a las dificultades de adaptación social del adolescente mediante una modificación de las medidas no privativas de libertad; o, e) el adolescente haya sido apercibido judicialmente de la posibilidad de la aplicación de una medida privativa de libertad en caso de que no desistiese de su actitud.

Con estas especificaciones la norma constituye un verdadero tamiz por el que necesariamente debe pasar cada caso antes que se establezca una medida privativa de libertad. . Este nuevo código nos trae un abanico de posibilidades tendientes a evitar la privación de libertad, y que la medida se adapte a cada caso concreto. Así podemos ver que el objeto de y la base de la aplicación de medidas es muy distinta en el CP y en el CNA, pues en el primero, la estructura del nuevo código nos obliga a buscar realmente la rehabilitación del adolescente, o mejor dicho verdadera inserción en la sociedad.

De igual modo el CNA nos remite al CPP en todo lo que no regule la nueva norma, en este sentido cabe acotar que el CPP regula también un procedimiento especial para menores infractores en el Art. 427.

Si bien es muy apresurado aún tratar de determinar si la norma es eficaz o no, podemos categóricamente afirmar que el libro V del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, ha puesto en la norma operativa todos los principios de la doctrina de la protección integral corrigiendo definitivamente las contradicciones existentes al respecto en el tratamiento al adolescente infractor; hemos dado un gran paso, debemos ahora hacer que los operadores del derecho incorporen estos principios en su accionar para lograr los objetivos del CNA, es ése el gran desafío que nos toca enfrentar.

IMPORTANCIA DEL ROL DEL EQUIPO ASESOR DE LA JURISDICCION DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (*)

Por María Soledad Caballero Méndez

El significado de Conciliación es bastante similar al de Mediación: "participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados, apaciguamiento real o intentado en controversia, conflicto o lucha, facilitación de un contrato presentado a las partes acerca de algún aspecto..." (OSORIO, Manuel, página 606).

Considerando los nuevos institutos que contempla el Código Procesal Penal, Ley 1286, es preferible utilizar el término Mediación, ya que en el citado Código el término Conciliación se refiere específicamente a los casos en los que se puede extinguir la acción penal por la reparación del daño, en los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos, tal como se establece en el Art. 25, inciso 10 y en el Art. 311 del Código Procesal Penal, Ley 1.286.

En este sentido, el Departamento de Mediación de Causas Penales, como organismo auxiliar que coadyuva la gestión de los Fiscales tiene:

1. Una participación secundaria en un negocio ajeno. Los principales interesados del "negocio" son la víctima, el imputado, el Fiscal y el Defensor, en casos de hechos punibles de acción penal pública. En los de acción penal privada la víctima y el victimario.

2. El Departamento de Mediación busca el acuerdo entre las partes y

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

3. Facilita la celebración de un acuerdo o contrato entre las partes de manera tal que sirva al Agente Fiscal para efectuar su requerimiento al Juez, en los casos en que sea posible lograr una solución alternativa en el juicio oral y público.

¿En qué conflictos interviene el Departamento de Mediación?

1.- En los hechos punibles de acción penal privada. Estos hechos se establecen en el Código Procesal Penal, en el Art. 17, salvo el que figura en el inciso 15 que por la ley 1444 pasó a ser de acción penal pública.

Esta intervención es un servicio que ofrece el Ministerio Publico a fin de que no prospere en la ciudadanía una sensación de impunidad creciente, y como alternativa de resolución de conflictos.

El departamento no interviene en los conflictos no penales, si llegan a la oficina éstos son remitidos a otros organismos que trabajan con el tema del conflicto suscitado, ya que en estos hechos los Agentes Fiscales no tienen intervención. El Departamento de Mediación busca lograr un acuerdo entre las partes, tratando de evitar que se judicialice e ingrese al Sistema de Justicia penal el conflicto.

¿De qué organismos se remiten estos conflictos al Departamento de Mediación?

a) De la Oficina de Denuncias del Ministerio Público.

b) De los Agentes Fiscales penales, cuando la denuncia corresponde a un delito de acción penal pública.

Es de gran importancia dejar en claro que la Mediación es un medio de resolución de conflictos cuya característica más significativa es la voluntariedad, vale decir los mediadores no ejercen ningún poder coercitivo sobre las partes en conflicto: éstas pueden acceder o no al mismo, y si lo hicieren aún así son libres de retirarse antes de la firma del acuerdo si no les satisface. Esto es también en los casos penales, por lo que si no creen pertinente esta instancia, no es posible realizarla.

Actualmente se realiza en una mínima proporción un seguimiento de acuerdo a las necesidades de los casos y de los recursos con los que se cuenta, por lo que es necesario recalcar que el cumplimiento y su posterior salida del conflicto dependen exclusivamente de la voluntad de las partes.

2.- Interviene en los casos de acción penal pública remitidos por los Agentes Fiscales penales, específicamente en los casos en que es posible aplicar las medidas alternativas al juicio oral y publico. ¿Cuáles son los casos en que interviene el Departamento de Mediación?

a) En hechos punibles en los cuales es posible aplicar el criterio de oportunidad o en los delitos que reúnen los requisitos establecidos en los incisos 1 y 2 del Art. 19 del Código Procesal Penal, Ley 1286. En este caso, se busca que el imputado repare el daño ocasionado o firme un acuerdo con la víctima en ese sentido, o demuestre su voluntad de reparación. La Oficina de Mediación comunica al Agente Fiscal para que éste lo presente al Juez Penal que entiende en la causa.

b) La suspensión condicional del procedimiento según el Art. 21 del Código Procesal Penal. Se deben seguir los mismos trámites que en caso de aplicación del principio de oportunidad; además se debe lograr el consentimiento del imputado y admitir los hechos que se le imputan. Los resultados de esta intervención son remitidos al Agente Fiscal, para que éste le de el trámite correspondiente.

c) La conciliación, Art. 311 del Código Procesal Penal, por la reparación del daño en los hechos punibles que se establecen en el inc. 311 del Art. 25 del Código Procesal Penal.

Algunas reflexiones con respecto a la Mediación en lo Penal

Con estos criterios podemos definir a la mediación como:

La resolución encaminada a una solución pactada entre las partes con la participación de un tercero (mediador), y con el compromiso de un acuerdo.

— La mediación supone la incorporación de la víctima (voluntaria), respecto al Derecho, y también mayor acceso a la Justicia. Supone introducirse en el conflicto, no sólo como espectador. La mediación hace que los delincuentes puedan hacerse cargo de sus actos.

— El proceso penal en muchos casos no resuelve conflictos y la mediación reduce eventualmente la reincidencia.

Extinción de la acción en:

Hechos culposos y hechos punibles contra la propiedad. Pueden ser susceptibles de mediación.

— La mediación es una forma de búsqueda de la Justicia que supone la forma menos complicada y que haga sufrir lo menos posible y que se dilate solo lo estrictamente necesario en el tiempo, por lo que es menester evaluarla dentro de cada proceso y posteriormente en el tiempo, luego del seguimiento adecuado.

— El aumento de la población carcelaria no es suficiente para reducir la criminalidad.

Proceso Penal
Resolución de conflictos
Proceso de mediación en lo penal = Conciliación

La mediación es un método de resolución de conflictos de formas no procesales; está en discusión si forma o no parte del proceso, sin embargo cada día adquiere más autonomía dentro del proceso penal.

Considerando las peculiaridades que revisten los conflictos familiares, los métodos alternativos de resolución de conflictos constituyen una posibilidad de salida menos traumática, si esa posibilidad es asumida con responsabilidad y madurez (por ejemplo en los casos de conflictos por tenencia).

En los casos que se hallen involucrados adolescentes, la mediación sirve como prevención. No es aconsejable cuando ya se instaló la violencia en al ámbito familiar, porque las partes no serían capaces de visualizar la posibilidad de solución.

El rol del mediador. Este debe ser un especialista en facilitar la comunicación y la posterior convivencia. También debe fortalecer a las partes para que estas asuman su responsabilidad y dar cuentas de sus actos. La mediación se reduce entonces a un proceso comunicacional que debe basarse en la noción de respeto, entendido como reconocimiento de las diferencias.

ADOPCION Y GUARDA PREADOPTIVA (*)

Por Marta Battistella

1. HISTORIA

Debemos reconocer que el instituto de la adopción se pierde en los albores de la historia; es indiscutible que en esos momentos la significación y motivos respondieron principalmente a asegurar la perpetuidad de la familia y su sacra privata y otros propósitos tanto económicos como políticos. El más antiguo antecedente lo encontramos en el Código de Hammurabi (2.285 a 2.242 a.c.), así como su acogimiento por los hebreos surge de la simple lectura de la Biblia.

Los griegos también lo regularon, pero donde vemos una sistematización del instituto es en el Derecho romano. Esta legislación tiene dos categorías que solamente mencionaremos: la arrogatio o adrogatio y la adopción.

El derecho germánico también lo conoció con elementos que se diferenciaban del romano y que tenía efectos de naturaleza moral más que jurídicos.

En la Alta Edad Media tuvo un impulso muy importante por parte de la Iglesia, pero al introducirse normas sobre la sucesión testamentaria hicieron que su importancia disminuyera y a partir de la Baja Edad Media el instituto perdiera su trascendencia.

Cuando llegamos a la Epoca Moderna vemos que no tiene la misma significación que tuvo para los pueblos primitivos ya que las motivaciones son diferentes; no se trata del carácter eminentemente de subsistencia de la familia, además de significaciones económicas y de constitución política que

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

le daban los pueblos de la antigüedad, sino que los motivos son más de índole personal.

El Código Civil de Napoleón tuvo efectos muy restrictivos e incluso muy rigurosos en sus condiciones por lo que tuvo escasa aplicación.

Debemos señalar que fue el modelo seguido por muchos Códigos latinos. Sin embargo el legislador uruguayo se alejó de la posición francesa y estableció un régimen de adopción que ha sido modificado en el tiempo.

En el año 1934 se legisla el Código del Niño y se aplica lo dispuesto en la ley de 19 de junio de 1923.

Se produce entonces una polémica acerca de la posible derogación o no de las normas del Código Civil y se sostienen tres posiciones: a) que rigen ambas legislaciones, una para los adultos y otra para los menores de edad

b) que el Código del Niño derogó en forma tácita algunas de las disposiciones del Código Civil, o

c) que solamente se encuentra vigente el Código del Niño para todas las adopciones.

La discusión en el momento actual es inexistente y se admiten las normas que sin discusión se encuentran vigentes y son las del Código del Niño.

2. CONCEPTO

Para el diccionario de la Real Academia la noción de adopción es “recibir como hijo con los requisitos y solemnidades de las leyes al que no lo es naturalmente”.

Para el derecho es un acto solemne, en virtud del que los particulares con el permiso de la ley crean entre dos personas relaciones de carácter familiar.

3. DERECHO URUGUAYO

La llamada “adopción simple”, en nuestro derecho está prevista como hemos enunciado en el Código Civil modificado y en el Código del Niño. La misma no da sino determinados derechos (alimentos, obligación mutua de respetarse y posibilidad de heredar en determinadas situaciones) y mantiene al menor con los lazos de su familia natural.

La adopción plena tiene caracteres especiales y es lo más semejante con la filiación de nacimiento, es la llamada "legitimación adoptiva".

Este régimen se encuentra regulado en lo sustancial por la ley Nº 10.674 de 20 de noviembre de 1945 como ley madre y sus modificativas decreto-ley Nº 14.759; Leyes Nº 13.209; 15.750 y 16.108, pero que en la realidad el legitimado tiene todos los derechos de un hijo legítimo.

Se convierte en una ficción a la verdadera situación jurídica de ese menor, ya que se rompen todos sus vínculos con su familia natural al anular su partida de nacimiento, se pueden variar su nombre, existiendo el principio del secreto en todo el procedimiento.

4. REQUISITOS

Adopción simple
Edad del adoptante y adoptado
Diferencia de edad.
Existencia de hijos
Adopción de hijos naturales
Incapacidades especiales
Solemnidades
Registro
Consentimiento
Condiciones morales y capacidad
Guarda o tenencia del menor
Transmisión del nombre
Patria potestad
Obligaciones alimentarias

En la adopción simple de conformidad con lo dispuesto en los artículos 156 del Código del Niño y 243 del Código Civil se permite adoptar a toda persona mayor de 30 años cualquiera sea su estado civil y siempre que tenga por lo menos 20 años más que el adoptado.

Como elemento imprescindible se requiere que el adoptante haya tenido durante dos años al adoptado bajo su protección y cuidado. No interesa si existen hijos o no, pero no se puede adoptar por más de una persona a no ser que éstos sean cónyuges.

El tutor no puede adoptar hasta que le hayan sido aprobadas las cuentas del cargo, se trata de una incapacidad que puede ser subsanada.

En el Código Civil de 1868, existía una norma que fue derogada por la reforma del año 1893, que tenía sus orígenes en el derecho español y establecía una prohibición de adoptar a personas, que habían hecho voto de castidad.

Se prevé en especial la prohibición de la adopción de hijos naturales, solamente se pueden adoptar hijos que no tienen padres reconocidos o asimismo los que tienen padres y estos aceptan la adopción, lo que no significa de manera alguna la pérdida de su familia natural, pues si son hijos legítimos deberán llevar el apellido de sus padres y luego el del adoptante.

Se exige que la adopción se realice en un acto jurídico complejo como lo es la escritura pública y su inscripción dentro de los treinta días contados desde el otorgamiento en la Dirección General del Registro del Estado Civil. Ya hemos expresado la necesidad del consentimiento de los padres del menor adoptante o representante del menor. Asimismo es necesaria la previa autorización del Instituto Nacional del Menor (I.NA.ME.) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 169 del Código del Niño.

Este instituto mediante un equipo especializado, es quien establece la posibilidad o no de determinar si existen los requerimientos necesarios.

La Dra Varela de Mota, en su libro “Manual de Derecho de Familia”, sostiene que los que se encuentran en mejores condiciones para efectuar dicha investigación serían los Jueces de Familia que son expertos en la materia y tienen asesores dependientes del Poder Judicial.

Aunque el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural, el progenitor que consiente la adopción pierde la patria potestad que pasa al adoptante.

Es importante señalar que solamente se establecen relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado y no entre cualquiera de ellos y la familia del otro. En cuanto a las obligaciones alimentarias, los ascendientes naturales y descendientes del adoptado no están obligados a suministrar alimentos mientas éste los pueda obtener del adoptante.

En cuanto a los derechos sucesorios debemos señalar que adoptante y adoptado no son herederos forzosos, el uno del otro.

Requisitos de la legitimación adoptiva

Tanto en la legitimación adoptiva como en la adopción se da nacimiento a una relación paterno-materno-filial.

En ambas se requiere la existencia de un mínimo de edad entre los adoptantes y legitimante adoptivo y adoptado o legitimado, con un plazo de tenencia (guarda pre adoptiva).

Sin embargo existen diferencias entre ambos institutos. Vamos a señalar que para que exista legitimación se requiere de la existencia de un matrimonio y si se trata de divorciada/o o viuda/o se deben cumplir con ciertos requisitos. La legitimación debe recaer en personas menores de 18 años; es decir, que al cumplir la mayoría de edad no puede realizarse. Asimismo es necesaria la promoción de una acción ante el Juzgado de Familia lo que culmina con una sentencia judicial que debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil.

En lo referente a los efectos se trata de un menor con los derechos y deberes que tiene toda persona que hubiera nacido del matrimonio.

La legitimación exige que las personas tengan un matrimonio con una antigüedad de cinco años y no puede ser suplido por la prueba de un concubinato anterior. Quince años más la mujer que el menor y diecisiete para el varón.

Se exige que el menor se encuentre bajo la tenencia o guarda de sus legitimantes por lo menos con un mínimo de un año. Uno de los requisitos es que el niño se encuentre en estado de menor abandonado, que da lugar a que sus padres pierdan la patria potestad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 285 numeral 7º del Código Civil. La ley Nº 16.018 autoriza la legitimación adoptiva del niño que es hijo legítimo de un matrimonio anterior de uno de los legitimantes.

La Dra. Varela de Mota sostiene que se borra la identidad del menor, muchas veces por un capricho de su progenitor o progenitora, cortando así todo vínculo con su real familia legítima.

De esa manera el menor ha perdido su identidad, a favor de los deseos de sus legitimantes y omitiendo cumplir con la Convención de los Derechos del Niño.

Si el menor había sido adoptado esto no obsta a que luego se proceda a la legitimación adoptiva.

5. GUARDA PRE ADOPTIVA

Es importante que el decisor con las más amplias facultades que le otorgan las leyes y la Convención de los Derechos del Niño, tenga un claro panorama de la situación y sea en definitiva quien resuelva sobre toda la problemática familiar, aplicando, de manera equitativa y adecuada el concepto del interés del menor.

Sostienen en general los doctrinarios que el concepto varía según el lugar, el tiempo, las costumbres e incluso el país donde el menor se encuentra. Debemos por lo tanto ir del concepto abstracto al concreto y tener en cuenta que el menor es ante todo una persona, en su significado más trascendente y que además se trata de "una realidad humana en devenir".

El interés del menor consiste en la salvaguardia de los derechos fundamentales de la persona humana y en el fondo proteger y reconocerle esos derechos fundamentales, como individuo.

Asimismo como integrante del grupo social en el que se mueve, hay que tener siempre presente el desarrollo armónico de su personalidad. Se debe respetar y garantizar la realidad humana concreta, teniendo en cuenta todos los elementos que se refieren a su salud física y sicológica.

En este concepto se integra no solamente el interés material del niño, sino el moral y también el afectivo.

Al analizar los elementos expresados anteriormente lo que no puede olvidarse es que el menor es un sujeto de derechos y el magistrado deberá tratar de separar las distintas posiciones para no confundir que lo que en apariencia es bueno para el menor, sea en realidad una situación favorable a terceros.

Debe ser el Juez con las facultades que le otorgue la ley el que analice si la situación del menor es o no la conveniente tanto para la adopción como para realizar la legitimación.

6. SITUACION ACTUAL EN EL URUGUAY

De acuerdo a lo informado por la Dirección General del Estado Civil se registraron 47 ADOPCIONES en el año 2002, se produjeron 18 en el año 2001 y en el año 2000 otras 19.

En lo que se refiere a las LEGITIMACIONES ADOPTIVAS (Ley N° 10.674 y modificativas), en el año 2002 se produjeron 210, en el año 2001 fueron 243 y en el año 2000 otras 210.

Es evidente, como surge de los datos que anteceden, que el instituto más requerido es el de la legitimación adoptiva y ello sucede pues lo que predomina no es el interés del niño sino los intereses de satisfacer las necesidades de los legitimantes.

7. CONCLUSIONES

En la materia de familia, se determina el futuro de los niños y es del resultado del mismo la forma en que se encaminarán sus vidas. Es por lo tanto importante que el decisor, con las más amplias facultades que le otorgan las leyes y la Convención de los Derechos del Niño, tenga un claro panorama de su situación y sea en definitiva quien resuelva sobre toda la problemática familiar, aplicando el concepto del interés del menor.

Es pues de gran importancia oír al menor o a su representante que evidentemente no puede coincidir con sus legitimantes o adoptantes a fin de cumplir con las disposiciones legales en vigencia.

El Estado interviene en el proceso de formación del menor sustituyendo o vigilando a los padres en el cumplimiento de sus deberes y procurando mediante su labor “lograr la convivencia pacífica de la sociedad”. Y precisamente cuando existen fricciones entre los padres o se desconoce el paradero de uno de ellos, es el Juez quien debe concretar la situación del menor, con la designación de un defensor de oficio.

Ahora bien, lo manifestado anteriormente no implica desconocer lo que dice Zanoni “en el orden moral de los sucesos y salvo casos patológicos, tanto el padre como la madre procuran a través de sus decisiones el mayor beneficio para sus hijos”. Pero cuando esas decisiones son arbitrarias, atentan contra el interés del niño, o cuando falta de voluntad de uno de los padres, ésta puede ser suplida o sustituida por una decisión judicial”.

Al entrar en el análisis del concepto, se verifica que tiene una gran amplitud y que varía según la cultura y lugar en donde se encuentra el menor. Es un tema que se encuentra muy enraizado en el Derecho de Familia y en especial con los temas de guarda, visitas y tenencia; como asimismo en lo referente a la legislación del menor infractor.

En este concepto se integra no solamente el interés material del niño, sino el moral y también el afectivo.

Desde el punto de vista práctico, es importante oír la opinión del niño no olvidando las posibles presiones familiares, es asimismo imprescindible para realizar esos interrogatorios que sean dirigidos por el Juez de la causa. No puede de manera alguna olvidarse su entorno familiar, considerar de manera especial si vive con sus hermanos, no crear separaciones entre ellos.

Recibir informes sobre las condiciones de vida de todo el núcleo familiar, incluyendo ascendientes o personas que convivan o traten al menor en forma asidua.

El Juez debe tener una idea global de toda la familia del menor, sus costumbres, situación económica, como se ha desenvuelto la vida del niño hasta ese momento, para poder en forma totalmente imparcial llegar a extraer cuál es el interés del menor.

Entre los elementos a tener en cuenta por el Juzgador es importante la capacidad educativa de los padres y sus posibilidades de dedicar tiempo de sus actividades para ayudar al menor.

Al analizar los elementos expresados anteriormente no puede olvidarse que el menor es un sujeto de derechos y no confundir en momento alguno que sus necesidades y requerimientos pueden diferir de los de sus padres, e inclusive pueden confrontarse.

El juez deberá tratar de separar las distintas posiciones para no confundir lo que aparentemente es bueno para el menor, en realidad sea una situación favorable a los futuros adoptantes.

Como solución jurídica se debe establecer en forma permanente la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y en especial se debe oír al menor.

En materia de familia donde los hechos cambian constantemente y puede haber nuevos elementos que nos lleven a concluir en forma diferente ante un problema similar, no podemos quedarnos atados por una posición jurisprudencial.

Frente a la falta de reflexión por parte de los padres o tenedores de los menores, poco o nada puede hacer el Juez frente a situaciones que poco tienen de jurídico y mucho de enfrentamientos personales, que repetimos olvidan que los menores no son objetos de sus problemas sino sujetos de derechos que deben tenerse en cuenta por encima de los intereses de quienes creen tener poder sobre ellos.

No olvidemos que lo más importante es la vida que se está formando y a la que debemos aplicar como principios fundamentales lo establecido en la Constitución de la República y lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño.

LA ADOPCION Y SU RELACION CON LA GUARDA PREADOPTIVA (*)

Por Silvio Rodríguez (**)

La guarda es uno de los institutos de protección del niño, pero, curiosamente, en el Código del Menor, hoy derogado, no contenía una norma que la conceptualice. Ciertamente, su determinación u otorgamiento estaba contemplado entre las atribuciones del Juez en lo Tutelar y también en lo Correccional según las disposiciones contenidas en sus artículos 227 inc. "f" y 232 incs. "a" y "b". No obstante, a pesar de ese vacío en el ordenamiento vigente antes de entrar en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia el 1 de diciembre del año 2001, se daba por entendido que la medida debía responder al beneficio o bienestar del menor. Se trataba, pues, de una medida de protección que era entendida en los hechos pero sin una referencia normativa precisa que fijara sus alcances aunque, en la práctica, en las decisiones judiciales se la otorgaba con la frase un tanto genérica insertada en su parte final haciéndose alusión a las responsabilidades inherentes al cargo. No obstante, se daba por entendido, en definitiva, que el o los guardadores debían actuar en representación del menor y debían prestarle los cuidados y la alimentación que correspondía a los padres.

El artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia define la guarda como una medida por la cual el Juzgado encomienda a una persona, comprobadamente apta, el cuidado, protección, atención y asistencia integral del niño o adolescente objeto de la misma. A pesar de que la norma hace alusión a una persona en singular, a mi entender no cabría una interpretación literal de la citada preceptiva. En efecto, no habría inconvenientes en que la guarda

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Miembro del Tribunal de la Niñez y la Adolescencia de la Capital (Asunción, Paraguay).

sea otorgada a un matrimonio, por ejemplo. Pero, al margen de esta observación, lo importante son las obligaciones que la ley impone al guardador y que, básicamente son dos. En primer lugar, la de prestar al niño asistencia material, afectiva y educativa y, en segundo lugar, la de ejercer la defensa de sus derechos, incluso frente a sus padres.

Tal como puede apreciarse, tanto del concepto que se tenía de la guarda en el Código del Menor como el que se tiene actualmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, el instituto de protección nada tiene que ver con la adopción, por lo menos en principio. Yendo a la casuística, que normalmente ayuda a comprender mejor el aspecto netamente jurídico, podría traerse a colación el caso de una madre soltera que teniendo la necesidad de trabajar en el extranjero, solicita al Juzgado que se designe como guardadora de su hijo a una tía, madrina o a otro pariente cercano a la madre y al niño que reúna la condición de ser plenamente apta para ejercer el cargo. Por su propia esencia, pues, la guarda es una medida que tiene que tener un carácter temporal, es decir, su duración debe estar supeditada a la subsistencia de aquellas circunstancias que determinaron la necesidad de su otorgamiento. Sin embargo, ni en el Código del Menor ni en el Código de la Niñez y la Adolescencia, se hacían ni se hacen referencia al tiempo de duración y, por ende, en la práctica las guardas siempre se otorgaron y se siguen otorgando sine die. Si la guarda era concedida a un pariente, tal circunstancia carecería de relevancia, pero a un extraño y en lo casos de bebés, a la larga podría crear serios problemas en lo que concierne a los padres biológicos en razón de los vínculos de afectividad afianzada con el guardador en desmedro del que naturalmente corresponde a aquellos. En otros términos, la guarda podría en el futuro entrar en colisión con la patria potestad que por disposición de la ley le corresponde a los padres biológicos del niño, independientemente de los lazos de afectividad que puedan darse entre el niño y su guardador.

Aun cuando conceptualmente se perciba claramente el sentido y alcances de la guarda, durante la vigencia del Código del Menor, y en especial en el caso de las adopciones internacionales, normalmente se otorgaba la guarda con fines de adopción. En realidad, para las adopciones nacionales igualmente ésta era la vía que daba pie para el inicio del juicio de referencia. Pero en cualquiera de los casos, la guarda contaba con el consentimiento de los padres biológicos para que la medida tenga como finalidad la adopción del niño. Este trámite de la guarda preadoptiva, si bien facilitaba en gran medida la adaptación del niño con los futuros adoptantes, constituía, sin duda, una desnaturalización de la guarda que, como se dijo, es una institución concebida con otra finalidad y propósito.

Históricamente, este fenómeno tiene su explicación en el hecho de que antes de entrar en vigencia la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1990, en el ejercicio de la patria potestad lo que se acentuaba era el derecho de los progenitores por sobre el deber que involucra la institución. Resultaba natural, entonces, que lo padres pudiesen disponer de sus hijos por razones generalmente de orden económico. Así, si una madre soltera se encontraba en la situación de no poder mantener a su hijo – de hecho hay recién nacidos que son abandonados en los hospicios por esta razón o simplemente por no estar preparadas emocionalmente para la maternidad -, la solución inmediata que surgía era la de otorgar en guarda al niño a una persona o a un matrimonio interesado en brindarle los cuidados necesarios para su sustento y asistencia en los otros aspectos que conlleva el concepto de alimentación. Circunstancias de esta naturaleza u otras similares vendrían a ser el origen de las guardas preadoptivas.

Por otra parte, era una solución que resultaba cómoda para los juzgados ya que desde la óptica de la doctrina de la Situación Irregular, la protección de los menores solamente era entendida como aquella proveniente del Poder Judicial, tal como efectivamente lo disponía el artículo 223 del Código del Menor, en concordancia con el artículo 220 del mismo cuerpo legal, preceptivas de las que puede inferirse que solamente el Juez de menores tenía la potestad de entender en la solución de estos casos. Concomitantemente a las consideraciones que anteceden, no puede perderse de vista que tradicionalmente la adopción era vista como una respuesta para parejas o personas que no podían tener hijos. Se trataba, pues, de asegurar descendencia a aquellas personas que por un motivo u otro, no podían tener hijos.

Para la Convención, en cambio, lo importante es tratar por todos los medios de que el niño sea mantenido dentro de su entorno familiar, la nuclear o la ampliada, de suerte que la adopción, si bien es reconocida como uno de los institutos de protección del niño, la misma debe tener un carácter subsidiario, una vez agotada la instancia anterior. Además, se debe dar en forma imperativa preferencia a las adopciones nacionales por sobre las internacionales, todo esto según las claras disposiciones del artículo 21 de la Convención. Para la doctrina de la Protección Integral que impregna la Convención, la inversión paradigmática podría resumirse del siguiente modo: a) Poner el acento en el deber que implica el ejercicio de la patria potestad con la pretensión de que los progenitores cumplan con su deber asistencial y, consecuentemente, que en lo posible el niño no sea separado de sus padres biológicos; b) Que es un principio básico de derechos humanos que el niño sea considerado como un sujeto pleno de derechos y no como un objeto de derechos, del cual

pueda disponerse libremente sin tenerse en cuenta su opinión, por supuesto cuando esté en condiciones de darlo y si no, el de respetar su derecho a criarse dentro de su entorno familiar; c) Que ya no se trata de buscar hijos para quienes no puedan tenerlo. Por el contrario, buscar una familia para el niño que no la tiene.

La guarda preadoptiva, por tanto, no tiene cabida dentro de la doctrina que propugna la Convención. Fiel a este postulado, la Ley N° 1136/97, De Adopciones, prevé dos juicios independientes en lo que respecta a las adopciones. En el juicio de Estado de Adopción, cuyo inicio tiene lugar en relación a aquellas personas que manifiesten ante el Juzgado su deseo de dar a su hijo en adopción, se contempla un plazo obligatorio de cuarenta y cinco días para intentar con ellas el mantenimiento del vínculo (Art. 21). Durante este plazo, que es prorrogable a criterio del Juez, el Centro de Adopciones se encarga de realizar la tarea de procurar que el niño se mantenga dentro de su entorno familiar, Obviamente, si la tarea tiene éxito, el juicio quedará extinguido, Caso contrario, se declara la pérdida de la patria potestad y, consecuentemente, también se declara al niño en estado de adopción o adoptabilidad. Si se trata de hijos de padres desconocidos, se establece un plazo mínimo de noventa días para la búsqueda y localización de los progenitores. Si se los encuentra, se debe iniciar con los mismos el período destinado al mantenimiento del vínculo. Caso contrario, si no fue posible ubicarlos, simplemente se declara al niño en estado de adopción. La declaración de la pérdida de la patria potestad en estos casos no podría decretarse en razón de no haberse hallado a los padres biológicos.

Durante la tramitación del juicio de Estado de Adopción, el niño no puede estar sino con familias o en instituciones encargadas de cuidarlo, pero no con guardadores que tengan la intención de adoptarlo. Desde luego, no tendría sentido buscar el mantenimiento del vínculo si se concede la guarda preadoptiva. En otros términos, durante este período no son partes en el juicio los posibles adoptantes quienes, si están interesados realmente en adoptar, tienen que presentar su carpeta de solicitud al Centro de Adopciones, institución que se encarga de buscar la familia adecuada para el niño y proponérsela al Juzgado dándose así el inicio de adopción propiamente dicho, ante el mismo Juzgado que entendió en el juicio previo.

El objeto del juicio de Estado de Adopción consiste, por un lado en intentar mantener al niño dentro de su familia, la nuclear o la ampliada y, por otro, cualquiera sea su resultado, definir de una manera definitiva su situación jurídica. En efecto, si el mantenimiento del vínculo no pudo prosperar,

la declaración de la pérdida de la patria potestad, al desvincular jurídicamente al niño de sus padres, ya no se tendrá el problema de progenitores que después de dar su consentimiento para dar a su hijo en adopción, luego se arrepienten y tratan de recuperarlo por la vía de la restitución, problema que en no pocos casos se ha dado en el pasado entre los padres biológicos y los que detentaban la guarda preadoptiva del niño. Por consiguiente, la guarda preadoptiva hoy resulta inviable jurídicamente desde el punto de vista de la Convención y de la Ley de Adopciones.

En este orden de ideas, cuando se presentan situaciones de niños huérfanos o abandonados por sus progenitores, lo más recomendable es que los Juzgados, al tomar intervención en este tipo de situaciones, inmediatamente de oficio o ante la petición del Defensor del Niño, le impriman al juicio los trámites previstos en los artículos 21 ó 22 de la Ley de Adopciones, según sea el caso. Efectivamente, el interés superior del niño ante situaciones como las anteriormente expuestas tiene pleno contenido si se tiene en cuenta la definición de su situación jurídica como ser humano.

Ahora bien, en su última parte, el artículo 21 de la Ley de Adopciones establece cuanto sigue: "No se requerirá este trámite para la adopción – el período destinado al mantenimiento del vínculo – cuando el niño sea hijo del cónyuge o conviviente, haya estado acogido en guarda o tutela por más de dos años, o cuando sea pariente hasta el cuarto grado de consaguinidad de el o los adoptantes". Haciendo abstracción del hijo del cónyuge o conviviente, el problema que hay que dilucidar es la diferencia entre guarda y tutela, institutos que de acuerdo con la redacción de la norma parecería que tienen el mismo significado a los efectos de la innecesariedad del trámite previsto para el mantenimiento de vínculo.

En el supuesto de la tutela, no la provisional ni la especial, cuya determinación la debe tomar el Juez para casos específicos pero no excluyentes del ejercicio de la patria potestad, sino la tutela que debe adoptarse cuando el niño no esté sometido a la patria potestad ya sea por ser huérfano o cuyos padres hayan perdido la patria potestad, deviene obvio que la excepcionalidad prevista en la ley seguirá en vigencia. En otras palabras, la tutela que entra en sustitución ante la ausencia de la patria potestad seguirá constituyéndose como una de las excepciones susceptibles de ser admitida como tal con el efecto del no requerimiento del trámite destinado al mantenimiento del vínculo.

Pero la guarda otorgada a extraños al entorno familiar del niño e incluso, la otorgada a parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad, para ser

admitida como excepción, las mismas deben ser anteriores a la vigencia de la Ley de Adopciones. Caso contrario, a través del otorgamiento de estas guardas, aunque se diga que no son preadoptivas y así se los resuelva por los conductos jurisdiccionales, resulta evidente que con ellas lo que se lograría es burlar el propósito y finalidad de la Ley de Adopciones y de la Convención.

Cabría insistir, en este aspecto, que la finalidad del mantenimiento del vínculo es en suma, la de evitar en lo posible las adopciones de suerte que éstas tengan el carácter subsidiario que la ley le confiere. No puede perderse de vista, en este sentido, que según el artículo 2° de la Ley de Adopciones, la adopción se otorga como medida de carácter excepcional de protección al niño y se establece en función de su interés superior. Quiere decir, pues, que el carácter excepcional antes aludido exige imperativamente el de procurar que el niño sea mantenido dentro de su entorno familiar por ser un derecho fundamental que debe ser precautelado en primer lugar.

Por otra parte, en abono a estas conclusiones, también se debe tener en cuenta que la adopción según nuestra legislación actual es plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos. Asimismo, cesan los vínculos del adoptado con la familia de origen, salvo los impedimentos dirimentes en el matrimonio provenientes de la consaguinidad, todo esto de acuerdo con las prescripciones del artículo 3° de la Ley de Adopciones. Por consiguiente, tanto la declaración de la pérdida de la patria potestad así como la adopción tienen el carácter de ser medidas adoptadas definitivamente, causando las resoluciones que decidan estas cuestiones ejecutoriedad material, o lo que es lo mismo, adquieren inmutabilidad en el tiempo.

Se trata, por tanto, de decisiones que afectan al niño y se proyectan durante toda su vida. Por lo dicho, podría sostenerse validamente que el mantenimiento del vínculo es el corazón de todo el proceso de adopción y la importancia que la ley le atribuye es tal que fulmina con la nulidad el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22 de la Ley de Adopciones.

En este sentido, si bien es cierto que la guarda puede constituir en su momento una medida de urgencia necesaria para la protección del niño, no puede dejarse en el olvido que la definición de su situación jurídica es un aspecto que no puede pasar desapercibido dada la temporalidad que implica aquella. En consecuencia, presentada una petición de guarda, la misma no

debiera otorgarse sin que previamente el Juzgado se informe del fundamento en la cual se basa y, en su caso, hacer saber a los progenitores acerca de los alcances que la medida involucra.

Generalmente, la guarda es otorgada en relación a aquellas madres que alegando falta de recursos económicos deja la custodia del niño a otra persona. En estos supuestos, como el Código de la Niñez y la Adolescencia prohíbe que el niño sea separado de sus progenitores, o que se plantee siquiera la suspensión o la pérdida de la patria potestad alegándose insuficiencia de recursos, nada obstaría a que el Juzgado, luego de escucharla, la invite a manifestar si está o no dispuesta a dar a su hijo en adopción. De esta manera, si la respuesta es afirmativa, podrá iniciarse con ella inmediatamente el mantenimiento del vínculo con el asesoramiento de las personas especializadas en la materia con que cuenta el Centro de Adopciones. Incluso, en las circunscripciones del interior que no cuentan con una extensión del Centro, el Juzgado podría valerse de auxiliares que suplan de alguna manera esta deficiencia, interpretación que tiene su soporte en la disposición contenida al final del primer párrafo del artículo 21 de la Ley de Adopciones que dice: “Para este efecto podrá recurrir a las instituciones que considere pertinentes”.

Esto significa que el mantenimiento del vínculo no es un problema que se salga necesariamente de la competencia del Juzgado, Por el contrario, se recurra o no a los servicios del Centro de Adopciones, el control y el mismo desarrollo del plazo para procurarse el mantenimiento del vínculo corresponde plenamente a su esfera de competencia, sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe al Defensor del Niño. Ciertamente en los casos concretos aparecen inconvenientes de hecho para que esta diligencia sea cumplida como es debido, pero tales inconvenientes, sea de la naturaleza que fueren, no pueden interferir en el cumplimiento efectivo de la Ley de Adopciones.

En realidad, el cambio paradigmático que la Convención propone se contrapone en cierta manera con la propensión natural que jurídica y culturalmente se tiene de las guardas y adopciones. En efecto, la propensión natural desde el punto de vista cultural de nuestro país es que progenitores con mucha descendencia, especialmente en el campo, es la de dar en guarda a uno o más hijos, sea por medio de una resolución judicial o simplemente de hecho, a personas pudientes que aseguren al niño una subsistencia mejor que la que ellos podrían ofrecerle. Y desde la óptica jurídica, de igual modo es natural que los Juzgados resuelvan sobre guardas con la sola presentación de los progenitores y la aceptación de los guardadores, sin darle trascendencia a la causa que la originó.

El problema más grave y difícil de resolver es cuando se trata de niños con padres desconocidos. Efectivamente, si noventa días como mínimo es el lapso previsto en la ley para tratar de ubicarlos, qué hacer con el niño entre tanto si no se cuentan con familias acogedoras u hogares de abrigo que se encarguen de su custodia temporal hasta tanto se defina lo concerniente a su situación jurídica. Siempre se encuentran personas de buena voluntad que se ofrecen como guardadores, pero qué hacer con ellos cuando durante el transcurso del tiempo se crean vínculos de afectividad con el niño y finalmente quieren adoptarlo. Cómo convencerlos de que es el Centro de Adopciones la entidad que en última instancia debe escoger a la familia más apta como futuros adoptantes del niño. En fin, son problemas de hecho que deben resolverse y conceptos culturales y jurídicos que tienen que ir asimilándose en el futuro para que la guarda pierda definitivamente el carácter preadoptivo que históricamente ha adquirido y que la adopción se convierta en una medida excepcional, tal como lo prevé la Ley de Adopciones.

Seguidamente, valdría la pena hacer unos breves comentarios sobre las disposiciones constitucionales y legales que sirven de sustento a las conclusiones que anteceden y como colofón de las mismas.

El artículo 54 de la Constitución Nacional, que en la brevedad de sus términos incorpora la doctrina de la Protección Integral dice cuanto sigue:"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente". Con esta preceptiva se aclara inequívocamente el reconocimiento de que el niño es sujeto pleno de derechos, que tienen que garantizarse en los procesos de guarda y adopciones. En resumen, que en cualquier proceso donde se discutan los intereses del niño, éste es el sujeto y centro de todo juicio.

Esta disposición constitucional tiene su correlato exacto con los artículos 12 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el primero se reconoce al niño el derecho de expresar su opinión en todo asunto en que esté en juego su interés y, en el segundo, se establece en cualquier decisión que deba adoptarse en relación al niño, una consideración primordial que debe ser tenido en cuenta es la protección de su interés superior. Llenando el círculo, el artículo 26 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone textualmente cuanto sigue: "El niño y el adolescente tienen derecho a presentar y

dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos de competencia de éstos y a obtener respuestas oportunas". De modo que lo que era un enunciado doctrinal en lo que concierne al concepto de que el niño es sujeto pleno de derechos, se halla trasuntado positivamente en virtud de las normas antes mencionadas.

Engarzado a estas consideraciones, el artículo 53 de la Constitución Nacional reza: "Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad", y por su lado, el artículo 55, sin bien es una norma más bien programática, estatuye que la maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines. De modo que, si la ley suprema de la nación acentúa la protección de la familia e impone a los progenitores el derecho y obligación el de asistir a sus hijos, la única forma posible de llevar adelante estos postulados es que el niño no sea separado de su familia de origen.

Coinciden estas disposiciones constitucionales con las prescripciones del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que atañe al principio de que el niño no sea separado de sus padres sin una causa justificada y con el artículo 8° del Código de la Niñez y la Adolescencia que transcripto dice: "El niño o adolescente tiene derecho a vivir y a desarrollarse en su familia, y en caso de falta o insuficiencia de recursos materiales de sus familiares, el derecho a que el Estado los provea. Queda prohibido separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la insuficiencia de recursos".

Las normas anteriormente mencionadas, aunque parezcan un tanto líricas por la dura realidad que muchas veces aparecen como rocas en el camino de su efectiva concretización, se tiene que estimar como algo natural. Cuando las normas marcan pautas hacia un ideal de Justicia, hacia un ideal de vida que al fin de cuentas tiene ancla afincada en el Derecho Natural, siempre existirá esa eterna lucha entre el ideal que vuela y la realidad que actúa como palanca de retroceso.

Entonces, el administrar Justicia en el campo de la niñez y adolescencia siempre, o por los menos en muchos casos, importará un acto de fe hacia un ideal humano de Justicia. Así, cuando el Juez decide sobre una custodia a favor de uno de los padres, tal determinación debe responder a la fe en que su resolución será lo mejor para el niño. Lo mismo pasa cuando en sede penal, al aplicarse una medida socio-educativa al adolescente infractor, tampoco la

decisión puede estar desconectada de la fe puesta en el futuro de ese adolescente que aún no fue educado en la vida.

Finalmente, volviendo al tema original, si no existe una vivencia plena entre el niño, su entorno, y el Juez que va a decidir sobre una guarda, sin menoscabar los otros institutos de protección, una resolución apresurada y desconectada de la realidad del niño y de sus derechos, puede marcar un rumbo equivocado en su vida que lo marcará para siempre y con efectos impredecibles.

JUSTICIA JUVENIL
UNA MIRADA A LA ULTIMA DECADA (*)

Por Ana Luisa Prieto (**)

Después de diez años de adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas la Convención de los Derechos del Niño, pareciera necesario hacer un recuento de los sistemas imperantes para la administración de la justicia de menores y saber si responden a las expectativas o si amerita abrir nuevos caminos.

En el Seminario Internacional en minoridad y familia, realizado en Mendoza (Argentina) el año 2001, el Dr. Jean Zermatten recreó con maestría los grandes sistemas que se aplican para la administración de la justicia de menores, enfatizando en las experiencias modernas.

Hizo una primera referencia a los dos grandes sistemas para la administración de justicia juvenil que oscilan entre el "Modelo Protección" (Welfare Model) y el "Modelo Justicia" (Justice Model).

MODELO PROTECCION (WELFARE MODEL)

"Resumiendo: el niño es considerado como una víctima de su medio y los cuidados a ofrecerle están determinados por el examen de su situación personal. La autoridad de intervención goza, a este título, de un gran poder de apreciación y el rol del juez es determinante (rol simbólico).

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Juez de Menores, Prof. Derecho de Menores, Fac. de Derecho U. de Chile

"Prioritario: el interés del niño. Los principios clásicos del derecho penal (proporcionalidad, igualdad de tratamiento, culpabilidad-responsabilidad) quedan en segundo plano. Este es el modelo que se califica hoy de paternalista.

"Es el sistema donde se da el mismo trato a los menores delincuentes y los menores en peligro, en consecuencia, es suficiente un sistema único de intervención.

Para el modelo de protección el niño no es considerado como un ser libre, sino estrechamente dependiente de su medio social del cual puede ser víctima directa o indirecta. Por lo tanto, no puede ser considerado como culpable y debe ser puesto bajo la tutela de su familia o en su defecto de la sociedad.

Las principales críticas a este modelo son: el límite de intervención entre el acto infracción y la situación de peligrosidad es muy impreciso; el criterio de aplicación de las medidas, aun cuando reside únicamente en el interés del niño, es demasiado subjetivo; la noción de cuidado y tratamiento deja planear muchas incertidumbres sobre el género y duración de dichas medidas de protección, esto es un escollo importante en la perspectiva de los objetivos de los mismos de estas medidas tomadas para los niños que justamente tienen necesidades de seguridad.

Si fuera necesario encontrar una expresión para calificar este modelo, se le diría Modelo Interés del Niño".

MODELO JUSTICIA (JUSTICE MODEL)

"Resumiendo: se vuelve a una intervención para los menores delincuentes únicamente, recurriendo a los grandes principios de derecho penal y poniendo por delante el concepto de responsabilidad – sanción. Un modelo, pues, donde los derechos procesales son bien tomados en cuenta, donde el castigo tiene un lugar evidente y donde la intensidad de la reacción social no es más la necesidad de la persona, determinada por un examen de su situación individual, sino que reside en el género, el número y la gravedad de los hechos que le son reprochados. Por supuesto, con las atenuantes vinculadas a la adolescencia y las posibilidades de respuesta bajo forma de medidas a menudo institucionales.

Para este modelo, el niño es libre de sus decisiones e incluso si cede a las solicitaciones del momento, debe ser considerado como responsable de

sus actos, por lo tanto, debe ser tratado como no importa qué acusado, debe acordársele derechos y debe poder participar en su proceso. Consecuencia de los derechos acordados, debe ser condenado.

Es poco sostenible declarar al niño libre de llevar su destino, de controlar su existencia y de elegir, teniendo en mente los intereses legítimos de los otros y los necesarios de la vida en comunidad.

La asimilación del menor al adulto procesado y el reconocimiento de una posición idéntica conduce a reforzar todos los derechos formales del menor, pero a vaciar las jurisdicciones especializadas de su especificidad; llevado al extremo, el modelo justicia conduce a la abolición de las instancias para los menores.

Hay que emitir serias dudas sobre los objetivos que se persiguen con el modelo justicia: prevención general y retribución, ponen por delante el arsenal represivo, haciendo poco caso de todos los esfuerzos de diversión efectuados en el mundo entero y dejando arrinconadas las medidas educativas y terapéuticas que no obstante, han hecho sus pruebas.

Contrario del modelo protección, este modelo se podría calificar de Rígido y Procesal".

En el "Programa de Visita" de la misión chilena a Canadá en el mes de septiembre del año 2001, donde nos correspondió participar cumpliendo una comisión de servicio, en la ciudad de Quebec, tuvimos el privilegio de asistir al encuentro con el Honorable Michel Jasmin, Juez en Jefe Adjunto a la Corte de Quebec, quien en una síntesis memorable describió los dos modelos:

- Modelo Protección: un JOVEN comete una infracción
- Modelo Justicia: una INFRACCION cometida por un joven

Ambos modelos tienen sus cimientos en una concepción opuesta que se encuentran hoy en el debate sobre los derechos del niño, para abrir espacio a un nuevo modelo.

MODELO JUSTICIA RESTAURATIVA (RESTORATIVE JUSTICE)

El menor de edad cuando no toma conciencia del daño a las víctimas de la necesidad de repararlo y no comprende el desastre social que su acción provocó, tiende a repetir sus crímenes; las víctimas, al no conocer las cir-

cunstancias en que el menor actuó, tienen rabia y dolor toda su vida. En consecuencia, la comunidad pide penas más largas y severas para los delincuentes juveniles.

"La justicia reparadora parte de la idea de que el sistema de protección no está suficientemente centrado sobre la infracción y que no deja lugar suficiente a la noción de responsabilidad del menor; se apoya también en la idea de que dicho sistema de justicia hace demasiado hincapié en el acto cometido y en la sanción, lo que al final es contraproducente, pues la pena no "cura", sino más bien aparta al menor de la sociedad, incluso lo vuelve contra ella. Se trata pues de encontrar un modo de intervención que se vuelva a centrar, al menos en parte, sobre el responsabilizar al autor de este acto, si fuera posible reconciliándolo con la sociedad.

Esta tercera vía ha imaginado así quitar el "todo sobre la persona del autor" y el "todo sobre la responsabilidad" para reintroducir a la víctima en el proceso penal de los menores. La idea subyacente es que el hecho de haber escamoteado a la víctima de la infracción en los dos modelos antagónicos, provocó una especie de desinterés de la intervención penal, no solamente en consideración del que sufrió un perjuicio, sino sobre todo de la comunidad a la cual pertenece esta persona".

La teoría de la justicia restaurativa sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución. Los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones. La comunidad debe estar involucrada en el proceso de prevención, confrontación, procesos de monitoreo y moverse hacia adelante para la sanidad. El gobierno y sus cuerpos de seguridad pública juegan un rol positivo cuando preservan el orden de tal forma que enfatizan la dimensión comunitaria. En un marco de justicia restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen responsabilidades de dirigir el fundamento social económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia. La justicia restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la justicia.

En importante medida, esta nueva vía que se abre a la justicia de menores, recrea el sistema "participativo" que centra la acción y la respuesta en la comunidad, al que nos referimos en el inicio de los años '90 en la ponencia señalada que corresponde a las primeras cinco páginas de este artículo, agregando un rol activo de la víctima.

La justicia de menores se orientó en la defensa de los derechos humanos, hacia un sistema garantista que respete sus derechos individuales y en el ámbito jurisdiccional, sus derechos procesales. Entre los dos modelos tradicionales, se privilegió por sobre el "modelo protección" el "modelo justicia".

Para los países de nuestro continente fueron ejemplos paradigmáticos los nuevos textos de las leyes de menores de Brasil en el año 1990 y México en el año 1991, que impusieron el sistema garantista, el que paulatinamente se fue reproduciendo en la revisión de las legislaciones vigentes en las Américas.

En México en el año 1990 se formó una Comisión para estudiar y elaborar una ley de menores que estuviera acorde con la evolución doctrinaria a esa época y uno de sus integrantes fue Antonio Sánchez Galindo. Al valorar los efectos de la reforma en su trabajo publicado en la revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social dice: "Empero, en muchas ocasiones, después de estar "enamorados de la corriente garantizadora" (concesión de derechos humanos, disfrute de garantías individuales y procesales, eliminación del estado de peligro, creación de nuevas figuras), nos hemos percatado de que fue un grave error el haber emprendido esa tarea que ha sido un verdadero éxodo para los menores infractores".

"Sin quererlo la justicia que otorgaba los derechos, paralelamente se hizo más represiva. Y fue lógico que así sucediera: la mentalidad de juzgadores y ejecutores -entrenada para los juicios de adultos- al ver la semejanza de los "preceptos minoriles", con la de aquéllos, prohijaron una atención que a veces es represiva en exceso en su forma, aunque pretenda su espíritu ser humanitario".

"De esta suerte, se convirtió en un "delincuente chiquito" que durante las distintas diligencias del proceso recibe interrogatorios, confrontaciones y tratos más adecuados a una justicia penal de adultos que de menores"

"No hemos logrado que la concesión de los derechos humanos y las garantías procesales del menor infractor produzcan una justicia de menores congruente a su cometido de especialización y diferencia de la de adultos".

Al promulgarse la nueva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores en México, en esa ocasión el Dr. García Ramírez dijo: "No hay duda sobre la necesidad de acreditar a los menores garantías de enjuiciamiento que preserven la seguridad jurídica y la justicia. Pero tampoco debiera haberla sobre

la impertinencia de entender que estos infractores, sustraídos de la acción punitiva del Estado, deben regresar a ella a título de adultos de escasa talla, y de que sus tribunales y procedimientos deben revelar exactamente la figura y el estrépito de las cortes y los procesos penales".

Por su parte, el Dr. Celmilo Gusmao en su intervención en el III Congreso de Magistrados del Mercosur, celebrado en el mes de septiembre del año 1998 en Asunción, Paraguay, expresó su preocupación por los países hermanos que para la reforma de sus leyes de menores están estudiando el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, su país, para que no se cometan los mismos errores: "A lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, tida por alguns como un primor de legislaçao, es praticamente inexequivel. O meu Pais ja tem consciencia disso".

Se ha ido abriendo sostenidamente el camino para el tercer modelo -la justicia restaurativa- cuyo fundamento doctrinario se basa en responsabilizar al menor de edad que ha cometido una infracción, frente a su víctima y a la comunidad.

La justicia restaurativa reduce en forma significativa los costos para el sistema de justicia; ofrece mayores oportunidades que la justicia retributiva para iniciar un proceso educativo con el menor porque frente a la víctima asume más responsabilidad por lo dañino de su acción. Pero tiene límites objetivos cuando la víctima no se quiere confrontar con el menor.

En el modelo justicia restaurativa el proceso es muy simple. Cuando un menor quebranta la ley después del arresto se lo contacta con un facilitador del Departamento de Justicia de Menores y dentro de algunos días son notificados para una conferencia de grupo familiar el delincuente, su familia y la víctima. Debe existir la voluntad de la víctima de enfrentarse al autor y el reconocimiento del menor de lo que ha hecho.

A la CONFERENCIA DE GRUPO FAMILIAR puede asistir un representante de la Policía, un abogado o trabajador social, algún pariente, un profesor, un amigo o cualquier otra persona que el menor o la familia señale, para ayudar y clarificar lo más posible la situación. El menor delincuente reconoce lo que ha hecho, explicando los antecedentes, y la víctima expresa sus sentimientos, dándole un carácter más humano a la situación y el respeto igualitario de los derechos de la víctima y su ofensor.

Al final de la conferencia se hacen recomendaciones al Juez quien toma la decisión. El joven firma un contrato para cumplir con lo requerido y al final de un tiempo determinado, si ha cumplido, no se registra condena en sus antecedentes.

Este modelo ha inspirado a varias legislaciones; es importante destacar dentro de ellas la de Austria y el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelandia, que está enfocado cien por ciento en la filosofía y práctica restaurativa y están conscientes del éxito de los procesos.

La Carta Pastoral de la Conferencia de Obispos Católicos de Nueva Zelandia, firmada en agosto de 1995, reconoce: "La restauración fue el enfoque principal de los sistemas de justicia bíblica. A pesar del mal uso popular del concepto de lex talionis, la ley de proporcionalidad expresada en la idea "ojo por ojo", la tradición bíblica posee un enfoque restaurador. Se basó en la necesidad de buscar el shalom -la paz- y el bienestar de toda la gente. Shalom no significa simplemente la ausencia de conflicto. Significa paz combinada con justicia y relaciones correctas. La ley estaba ahí para buscar, proteger y promover el shalom".

"Estamos conscientes del éxito de los procesos restaurativos aplicados a la justicia juvenil en este país. Extraída de nuestra antigua tradición maorí y unida a un discernimiento moderno, la justicia juvenil ha empezado a ser una fuerza real para el bien de la comunidad. Busca ayudar a los delincuentes a asumir responsabilidad personal por su comportamiento, estimula a las víctimas a encontrar curación y restauración del bienestar y desafía a la comunidad a reconocer la dignidad humana tanto del ofensor como de la víctima".

En la Ciudad de México, en el mes de septiembre del año 1999, se celebró el X Congreso Mundial de la Pastoral Penitenciaria Católica, bajo el lema "Misericordia en una sociedad sin misericordia". Fue organizado por la Comisión Internacional de la Pastoral a la que pertenecen miembros de 108 países, participaron 250 personas de 55 delegaciones nacionales procedentes de todos los continentes. Una de las cuatro ponencias centrales versó sobre "Justicia Reparadora".

Uno de los oradores en ese Congreso Mundial fue George M. Anderson S.J., quien en una entrevista refiriéndose a las conclusiones del Congreso dijo: "En su declaración final, los delegados reconocieron que el proceso de justicia restaurativa está bíblicamente basado y es consistente con nuestra

propia tradición católica. Lo respaldaron como una manera de tratar a los delincuentes y dar a las víctimas un mejor trato".

El modelo de justicia restaurativa de Nueva Zelandia instrumentado a través de las CONFERENCIAS DE GRUPOS FAMILIARES, además de la policía, ha sido implementado en escuelas, sistemas de libertad vigilada, programas comunitarios, grupos de vecinos y otros.

En Australia en el año 1989, se instauró en el pueblo de Wagga Wagga en Nueva Gales del Sur, una acción policial de prevención colectiva para jóvenes infractores, apoyándose en los principios de la justicia restaurativa desarrollada en Nueva Zelandia.

El modelo de Wagga Wagga está siendo implementado en algunas ciudades de Estados Unidos de Norte América y Canadá.

En Inglaterra se hizo una experiencia piloto en la ciudad de Aylesbury, ubicada a unos 90 kilómetros al noroeste de Londres, bajo la responsabilidad de la policía local, con el nombre de "Justicia Restaurativa", que en sólo 18 meses ha logrado reducir la reincidencia hasta en el 90 %.

El gobierno británico anunció que aplicará a nivel nacional este revolucionario método de lucha contra la delincuencia juvenil: "Lo importante de esta experiencia es que obliga a crear un nuevo concepto de justicia, donde la responsabilidad juega un papel fundamental -señaló el Ministro del Interior, Jack Straw, a la vez un prestigioso abogado, al poner el programa de acción en nivel nacional-. Yo me he cansado de ver a chicos sentados en la última fila del tribunal escuchando cómo un abogado habla por él y cómo el tema queda en manos de los adultos. Entonces, los chicos desarrollan la idea de que la cuestión no tiene nada que ver con ellos, sino que es un problema de los adultos y así vuelven fácilmente a la delincuencia".

Las reformas del sistema de justicia juvenil en Inglaterra, nos dice el Dr. John Graham, se influenciaron en dos informes que cambiaron profundamente la forma de pensar del gobierno acerca de la naturaleza del crimen juvenil y cómo el sistema de justicia juvenil debe responder.

El informe del estudio realizado por el Ministerio del Interior se conoció como "los niños que realizan ofensas desde la tierna edad" y constituye uno de los puntos filosóficos principales que apuntalan o sostienen al nuevo enfoque para la justicia juvenil.

El informe del estudio realizado por la Comisión de Auditoría se tituló "Juventud Malgastada", criticaba la efectividad y la eficiencia del sistema de justicia juvenil y de los servicios que lo apoyan.

Así, surge un nuevo discurso acerca de la naturaleza del crimen juvenil y las formas de combatirlo: "Este nuevo discurso se ha alejado del debate tan cansador de castigo versus bienestar y el tiempo ha probado las nociones de retribución, disuasión, rehabilitación. En lugar de esto se enfocan las nociones de responsabilidad criminal, justicia restauradora, encarando el comportamiento delincuente y la temprana intervención y se introducen conceptos más familiares en otras áreas de política pública tales como la eficiencia, costo efectividad y el manejo de estrategias".

La proporcionalidad expresada en la ley del talión de la tradición bíblica y el fundamento de la justicia restauradora, tiene en nuestros días su consagración oficial en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores –REGLAS DE BEIJING-.

Preciso es recordar que en el año 1980, el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas –Venezuela- formuló varios principios básicos que deberían reflejarse en un conjunto de reglas para la administración de la justicia de menores a fin de proteger los derechos humanos de los menores que se encontraran en dificultades con la justicia.

Las reglas fueron aprobadas, en principio, en la reunión interregional celebrada en Beijing, aprobadas en el VII Congreso en septiembre de 1985, las recomendó a la Asamblea General que las aprobó el 29 de noviembre de 1985 y las incluyó en el anexo a su resolución 40/33.

En el XII Congreso de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia referido al tema de la toma de decisión de separar al menor de su familia, recomendó: "Un mínimo de derechos y garantías debe ser previsto y respetado en los procesos judiciales de menores en todos los países, cualesquiera que sean sus condiciones socio-económicas, políticas, culturales, históricas u otras. Estos derechos deben ser conformes con el conjunto de reglas mínimas de las Naciones Unidas de Beijing, para la administración de justicia de menores".

En el año 1989, en el mes de noviembre, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL

NIÑO, instrumento vinculante para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y que nuestro país ratificó. Las Reglas son anteriores a la Convención, pero es interesante verificar cómo la Convención ha retomado las principales disposiciones de las Reglas de Beijing, para darle así un valor obligatorio.

Las Reglas de Beijing precisan los OBJETIVOS DE LA JUSTICIA DE MENORES en la regla 5ª:

"El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito".

Esta regla contiene dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores: el fomento del bienestar del menor y el principio de la proporcionalidad.

PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD: es el instrumento para restringir las sanciones punitivas. Exige que la respuesta en los casos concretos de menores delincuentes sea adecuada, ni más ni menos.

La respuesta no sólo debe basarse en la gravedad del delito sino también en las circunstancias personales del menor, por ejemplo, su situación familiar, su condición social, el daño causado por el delito, los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima. La proporcionalidad de la respuesta se encuentra en relación con las circunstancias del delincuente, del delito y de la víctima.

Los derechos fundamentales de los menores, derechos humanos que consagra la Convención de los Derechos del Niño emblemáticamente se proclaman como su derecho a la PROVISION-PARTICIPACION-PROTECCION.

PARTICIPACION: comprende el derecho de los niños y niñas a pensar, a hacer cosas, a expresarse libremente y a tener una voz efectiva sobre cuestiones que afecten su propia vida y la de la comunidad.

La Convención de los Derechos del Niño en el artículo 12, expresamente le reconoce la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial y es el modelo de Justicia Restaurativa el que hace realidad este derecho, porque la participación de los menores en la Conferencia de Grupo Fa-

miliar va más allá de los límites esperados, porque no sólo significa estar ahí, pueden hacer mucho más de lo que aparece a simple vista.

DE LA RETRIBUCION A LA RESTAURACION

JUSTICIA RETRIBUTIVA

En el mes de febrero del año 1993, en Liverpool, dos menores de diez años de edad maltrataron y golpearon a un niño de dos años dejando su cuerpo tirado sobre una vía férrea.

En esa fecha, en Gran Bretaña los menores que cometían un asesinato y tenían cumplidos diez años de edad eran sometidos a juicio en un Tribunal Penal, por ello, fueron procesados ante un jurado con la presencia del público y la prensa.

Por la baja edad de los acusados, se cambió parte de la ritualidad y para que los niños pudieran ver qué estaba pasando a su alrededor se elevó el banquillo de los acusados. Se mantuvieron durante todo el juicio sentados, sin tocar el suelo y expuestos al examen atento de los expectadores.

Fueron declarados culpables, se autorizó la publicación de sus nombres y se reforzó una campaña de odio en contra de los niños que había iniciado la prensa sensacionalista. Fueron sentenciados al encarcelamiento de por vida con la recomendación de que cumplan al menos ocho años.

En el año 1999, la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó la conclusión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el proceso fue espantoso y perturbador en un ambiente extremadamente tenso, los niños no habían recibido un proceso equitativo.

Cuando fueron condenados, tenían once años, fueron enviados a Instituciones Seguras, separados, no tuvieron ningún contacto entre ellos.

Las Instituciones Seguras Especiales se encargan de los peores delincuentes menores, los jóvenes más perturbados y difíciles, su misión consiste en preparar su reintegración social. Son establecimientos modelos, tienen áreas confortables, salas de gimnasia, piscinas, instrucción en jornada completa, atención psiquiátrica si es necesaria.

Durante los años que permanecieron en la institución, se ha dicho que sus progresos fueron notables, se transformaron en jóvenes bien educados que se arrepienten de su crimen.

La campaña de odio que se había puesto en marcha en contra de los niños, pidiendo mátenlos, ahórquenlos se intensificó cuando estaban próximos a cumplir su condena y ante el peligro de sufrir severo daño físico y eventualmente la muerte, en el año 2001 la División Familiar de la Corte Suprema ordenó el otorgamiento a los jóvenes del anonimato de por vida.

¿Qué irá a ser de ellos cuando logren sacarlos del anonimato?

JUSTICIA RESTAURATIVA

En el año 1996, un informe de la Oficina de Mediación para el Tribunal de Menores de Turín 4 que inició sus actividades en el mes de enero del año 1995 focalizó la atención sobre la especificidad de la mediación penal.

El conflicto se origina en un delito o se expresa a través de un delito. Esto significa que dos personas se encuentran en posiciones antagónicas, con dos roles perfectamente bien definidos, asimétricos: la víctima y el autor del delito. El motivo de la mediación es favorecer el paso de estos dos roles socialmente definidos a dos personas. El reo, en el encuentro con otro como persona, comprenderá no tanto haber violado un código, sino haber realizado una acción negativa desde el punto de vista humano, porque quien ha sido ofendido es el OTRO. La dimensión de la relación humana, primero ausente en la percepción del culpable, a través de la mediación, se pone en total evidencia.

Si la víctima tiene delante de sí sólo el rol del delincuente y no conoce al reo como persona, se fomenta el odio hacia un mal anónimo. Cuando la víctima conoce al culpable como persona se reestructura su imagen, el odio y el temor difuso desaparece.

El Modelo Operativo: la oficina interviene sobre la base de los requerimientos del magistrado. Es necesario el consentimiento del menor, sus padres y la víctima. El mediador no impone la comunicación entre las partes, no sugiere soluciones, no da consejos, no expresa juicios. El mediador favorece un canal de comunicación entre las partes y es obra de los protagonistas la conclusión elegida por ellos.

Se ha trabajado en 51 casos, los menores que transitaron por la oficina de mediación en relación a tales casos fueron 72 y las víctimas fueron 62.

De los 72 menores, 59 han estado dispuestos a la mediación, lo que corresponde a un 82 % de menores dispuestos a ella.

Sobre 62 víctimas, 45 han estado dispuestas a la mediación, lo que equivale al 73 % de las víctimas dispuestas a la mediación.

Sobre 72 menores que entraron a la mediación 45 han salido de ella con resultado positivo, lo que equivale al 62 % que han concluido positivamente la mediación.

La menor disponibilidad de las víctimas (73 %) en relación a la disponibilidad de los menores (82 %) explica el hecho que sólo el 62 % de los menores haya concluido con un resultado positivo.

Sobre 79 delitos pasados a la mediación y referidos a 72 menores, se repite el delito de lesiones 47 veces, lo que equivale que en el 60 % de los casos el delito que más llega a la mediación, es el delito de lesiones.

SISTEMA PENAL DE MENORES (*)

Por Arsenio F. Mendoza

Como previo quiero señalar que esta exposición la realizo desde mi visión de Defensor, consecuentemente impregnada por el papel que alternativamente juego como defensor técnico o como Ministerio Pupilar.

Con igual criterio quiero puntualizar algunos conceptos preliminares que aunque parezcan obvios, es necesario recuperarlos como presupuestos del análisis.

1. Que el Estado Nacional es titular de la Política Criminal y que como tal debe establecer los alcances y modalidades en que ejercerá la facultad de reproche en ese ámbito. (Argentina: Art. 67, inc. 12 de la C.N.).

2. Ese poder del Estado Nacional encuentra dos referencias delimitadoras, en la propia Constitución Nacional y en los compromisos que asumió internacionalmente (Argentina: Art. 75 inc. 22 de la C.N.).

3. En consecuencia, el reclamo penal a los menores de edad debe sujetarse a tres pilares normativos: los compromisos internacionales, Constitución Nacional y Código Penal.

4. En Argentina, el sistema penal de los menores es reglado por la Ley Nacional Nº 22.278, que fija un régimen especial para el segmento que va desde los 16 años de edad hasta los 18 años.

5. En la elección de la metodología aplicable a los menores comprendidos en ese lapso de 16 a 18 años, el método argentino se adelantó a la Convención de los Derechos del Niño, privilegiando el tratamiento y la preservación del proceso de desarrollo de la persona menor de edad por sobre el reproche y el castigo, sin renunciar a esa posibilidad que la deja como segunda instancia cuando el tratamiento no causa efecto. Tanto es así que, pese a que se acredite la autoría de un menor del acto delictivo, si éste cumple con las

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

pautas legales en la instancia de tratamiento, el Juez puede reducirle la pena e incluso absolverlo.

Por debajo de los diez años de edad, nos manejamos con el Código Civil, y específicamente el Art. 921 que dispone: "Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años". Ello determina una responsabilidad respecto del daño causado con el hecho ilícito producido por menores que ya cumplieron los diez años de edad, aunque los coloca fuera del sistema penal. Pareciera que no cabe otro reproche que el que pueda encuadrarse en el campo de las faltas o contravenciones, que son resortes exclusivos de las potestades provinciales no delegadas a la Nación.

Se insiste desde los medios de comunicación y desde la denominada presión social, en que un delito realizado por un menor de 16 y mayor de 10 años de edad debe ser castigado con una sanción. En nuestro régimen, una persona menor de dieciséis años, autor de delito y por tanto inimputable, puede ser privado de su libertad bajo el eufemismo de "tratamiento" o "medida tutelar" por un tiempo mayor al de la hipotética condena. Concretamente, puede permanecer "internado" hasta los 21 años, esto es por más de cinco años, situación en la que solo podrían caer los autores de delitos muy graves.

Desde ambos extremos, la denominada presión social o desde los garantismos, se reclama la reforma, con distintos argumentos pero en un mismo sentido. En la ideología del castigo y sanción a los menores de 16 años autores de un delito, se ha venido construyendo un enfoque que apunta a la necesidad de que estos menores asuman la responsabilidad que les cabe por el hecho producido. Lo cierto es que nuestro viejo sistema argentino ha sido remozado y puesto en vigencia en España donde funciona bien. A nosotros no nos resulta porque el Estado, la sociedad y muchas veces la propia familia no han resuelto hacerse cargo de los menores.

No puedo imaginarme que asuman la responsabilidad sobre los niños infractores a la ley penal cuando no pueden hacerlo con la leche, las vacunas, los desnutridos y ni tan siquiera las mamás adolescentes. Como suele decir D´Antonio, el defecto no está en la ley ni en la intervención judicial sino más bien en los sistemas de tratamiento y prevención.

Retomando los indicadores iniciales, encontramos en la Convención de los Derechos del Niño, las otras referencias que nos permiten completar la

idea. Así el Art. 1 define: se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. No hay dudas que la mayoría de edad, en principio, se tiene a los 18 años.

Luego, la misma Convención en su Art. 37 fija otras pautas como: No se impondrán la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

Luego en su Art. 40, agrega: 1- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales ... a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Seguidamente en su punto 3, compromete "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales".

Armonizando estas disposiciones con la restante normativa, queda claro que el Estado Nacional ha sido facultado para determinar "una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". Desde esa edad en más, las personas menores de edad quedan incorporadas al sistema penal y es facultad del Estado Nacional legislar sobre su tratamiento, tomando el recaudo de distinguir claramente las disposiciones de fondo con las de forma, ya que éstas han sido reservadas a las provincias.

Hay quienes afirman que la diferenciación dogmática entre punibilidad e imputabilidad, adquiere otros ribetes, cuando es analizada desde el régimen penal de los menores. Así afirman que los menores, aunque no punibles porque las consecuencias del delito que cometan son distintas a la pena, son imputables.

Otros dicen que los menores no son punibles porque son inimputables, que no son capaces de cometer delito porque son incapaces de culpabilidad, que sólo pueden cometer "injusto penal" como fuente de responsabilidad civil ya que no han completado aún su desarrollo psicofísico. Los primeros contestan que ello es correcto sólo a medias. Que los menores son seres en formación y cierto es que la ley de menores respeta esa peculiaridad de estos sujetos, pero no es cierto que sólo sean, en consecuencia y eventualmente, capaces de cometer injusto penal.

La réplica sostiene que los menores no punibles son capaces de cometer delito en el sentido dogmático del concepto ya que no todos ellos actúan bajo la influencia del error, o en estado de necesidad exculpante o presentan alteraciones morbosas de sus facultades mentales (Art. 34 C. Penal). Pero, atento a su falta de madurez evolutiva, no son punibles por razones de política criminal. En efecto, apostando a la posibilidad concreta de recuperación que en los niños es real, las consecuencias previstas por el sistema son más bien tuitivas pero ante la misma realidad: el delito.

En la síntesis advertimos que la discusión se atrinchera en verdades parciales. Para nuestro país es inevitable reconocer el mandato legal que le impone al Estado el compromiso de fijar "una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". En esta construcción normativa, capacidad y culpa no operan como antónimos sino más bien como sinónimos.

Es inevitable entonces que el Estado Nacional diga cuál es esa edad por debajo de la cual se presume que el menor no es imputable. Se trata de una presunción jure et de jure (no admite prueba en contrario).

Esa definición debe encuadrarse dentro de las atribuciones políticas del Estado y es por tanto un resorte de la política criminal. Claro que esa decisión política no goza de todas las libertades que se pueden suponer ya que no puede ser arbitraria o abusiva. Reconoce limitaciones múltiples en las normas citadas, en las necesidades tuitivas de los menores y su proceso de desarrollo, y en las demandas de la sociedad en cuanto a las seguridades personales y de sus bienes.

Esa potestad excluyente del Estado Nacional también se limita a ese único rol: establecer el o los límites de edad donde tiene decidido iniciar el reproche penal, el castigo o pena y sus modalidades o alternativas. Los otros aspectos, vinculados al procedimiento, régimen penitenciario o de interna-

ción, tratamiento, etc., son facultad propia y no delegada de nuestras provincias.

Este principio es fundamental para entender por qué hace más de treinta años que no se logra consenso para reformar el sistema argentino. Todos los proyectos de ley suelen truncarse en esta instancia o en la demanda de necesidades presupuestarias.

¿Cómo se aborda esta cuestión en otros países?

En este punto queremos traer un aporte comparativo de la situación de los menores con relación al delito. Claro está que ello está íntimamente relacionado con las situaciones de vulnerabilidad que se muestran como la causa o al menos como un ingrediente en el derrotero de las conductas antisociales de los jóvenes.

La cuestión a resolver es desde qué edad ingresan los menores al sistema penal o hasta qué edad permanecen fuera del mismo. La respuesta varía según el país en que nos detengamos a observar.

EDAD OFICIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL

1. A LOS 18 AÑOS: Bélgica, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, México, Panamá, Perú, Uruguay.
2. A LOS 16 AÑOS: Argentina, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bolivia, Chile, Cuba, El Salvador, Indonesia, Mongolia, Micronesia, Portugal, Ucrania.
3. A LOS 15 AÑOS: Dinamarca, Egipto, Finlandia, Islandia, Maldivas, Noruega, Perú, República Checa, RDP de Laos, Sudán, Suecia.
4. A LOS 14 AÑOS: Alemania, Bulgaria, Croacia, China, Eslovenia, Federación Rusa, Hungría, Italia, Japón, Libia, Mauricio, Paraguay, Ruanda, Rumania, Vietnam, Yemen, Yugoslavia.
5. A LOS 13 AÑOS: Argelia, Benin, Burkina Faso, Chad, Francia, Guinea, Madagascar, Nigeria, Polonia, Senegal, Togo, Túnez.
6. A LOS 12 AÑOS: Canadá, Honduras, Jamaica, Marruecos, República de Corea, Uganda.
7. A LOS 10 AÑOS: Australia (en la mayoría de los estados), Fiji, Nepal, Nicaragua, Nueva Zelanda, Reino Unido (excluido Escocia), Sierra Leona, Vanuatu.
8. A LOS 9 AÑOS: Etiopía, Filipinas, Irak.
9. A LOS 8 AÑOS: Australia ACT, Reino Unido: Escocia, Saint Kitts, Sri Lanka.

10. A LOS 7 AÑOS: Australia, Tasmania, Bangladesh, Barbados, Belice, Chipre, Ghana, Hong Kong, Irlanda, Jordania, Kuwait, Líbano, Myanmar, Namibia, Nigeria, Pakistán, Sudan, Siria, Tailandia, Trinidad y Tobago, Zimbabwe.

Esta información fue obtenida de la publicación INNOCENTI DIGEST, editada por UNICEF, en Florencia, Italia, en enero de 1998. Se aclara que las edades indicadas fueron logradas de los informes de los Estados presentados al Comité de los Derechos del Niño. Consecuentemente sólo se incluyen a los países que presentaron los respectivos informes hasta 1995. Hay casos de modificaciones como el de España, donde la edad penal se fijó en 18 años desde el año pasado.

En la misma publicación se dice que no existe una norma internacional clara con respecto a la edad a partir de la cual se puede imputar a un joven la responsabilidad penal de forma razonable. La CDN simplemente impone a los Estados Partes que establezcan "una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales" (Art. 40.3.a). Las reglas de Beijing añaden a este principio que "su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual" (Regla 4.1). Esto, al menos, facilita una cierta orientación en lo que se refiere al criterio para establecer dicha edad: los resultados de la investigación médica y psicosocial merecen mayor atención que la tradición o la demanda de la sociedad.

Es sorprendentemente difícil obtener datos precisos sobre la edad mínima aplicada en cada país. En particular, una edad sabe ocultar otra: en otras palabras, la edad oficial de responsabilidad penal puede no ser la edad más baja a la cual el niño toma contacto con el sistema judicial por haber cometido una infracción. En Francia, por ejemplo, la edad mínima es de 13 años, y sin embargo un niño entre los 10 y los 12 años alcanza a comparecer ante un juez de menores, quien sin embargo sólo puede imponerle medidas educativas de supervisión, como la libertad vigilada, si se considera que el niño se encuentra en una situación de riesgo. Por otra parte, la edad mínima es factible de aplicarse a todas las infracciones con excepción de los delitos graves.

Generalmente, algunos países con edades mínimas bajas tienen un sistema de "escalonamiento" según el cual se aplican diferentes medidas a grupos de edad específicos. De esta forma, en Jordania, donde la edad mínima es

de 7 años, los infractores de menos de 12 años solamente están sujetos en principio a medidas de supervisión y de conducta bajo observación.

En Italia se estableció el tope en 14 años de edad aunque con un sistema de tipo mixto ya que el Juez debe determinar en qué grado el menor pudo comprender la criminalidad del acto realizado y en igual proporción aplicarle la sanción. La máxima sería a tanta responsabilidad, similar castigo.

El Comité de los Derechos del Niño (ONU) se refiere de forma constante en sus Observaciones Finales sobre los Informes de los Estados a la conveniencia de fijar una edad mínima lo más alta posible. Ha criticado en particular a los países en los que la edad ha sido fijada a los 10 años o menos. Al mismo tiempo, el nivel en el que se fija la edad no es un indicio automático de la forma en que el niño será tratado luego de haber cometido una infracción. En Escocia, por ejemplo, donde la edad se sitúa entre las más bajas (8 años), el sistema progresista de audiencias infantiles evita de hecho el contacto con el sistema formal de la justicia para los niños de menos de 16 años en todos los casos a excepción de las infracciones más graves, y está claramente orientado hacia soluciones no privativas de la libertad. Se puede comparar esta situación con la de Rumania, por ejemplo, donde la edad mínima es de 14 años y en el que un niño de esa edad, por la misma infracción que el niño escocés, será llamado a comparecer ante el tribunal y probablemente como resultado del proceso será sentenciado a reclusión; o con la situación de Guatemala donde la edad mínima es de 18 años, aunque por debajo de esa edad es factible disponer la permanencia a largo plazo en una institución socio-educacional si ha cometido una infracción. En resumen, la edad a la que se establece la responsabilidad penal puede o no reflejar una actitud represiva, o de rehabilitación por parte de las autoridades.

Considerando la tabla de las edades penales y el comentario posterior, me queda la impresión que existe una especie de relación directamente proporcional. Cuando más baja es la edad límite, en los países más ricos o económicamente mejor posicionados, los niños infractores son sometidos a un proceso de tipo pedagógico a resultas del cual se le aplican medidas alternativas con fines educativos que tienen en mira el proceso de desarrollo que custodia el Art. 29 inc. 1 de la Convención de los Derechos del Niño. En tanto que en los países más pobres o marginales los remedios son de tipo sancionatorio o de castigo, con medidas claramente restrictivas de la libertad. En estos últimos se hace más notoria la injusta distribución de la riqueza la que parece maximizar las respuestas antisociales de los jóvenes, y como en un círculo

vicioso ello provoca el mayor reproche y con ello la baja edad de punición penal.

Estos sistemas abrigan en su interior los virus de la corrupción, impunidad, violencia, trasgresión, etc., porque parten de un supuesto de hecho injusto. En esos términos no se le pueden pedir soluciones ni al derecho ni a la justicia, que no son capaces de producir milagros, fenómeno este ajeno a las ciencias y sólo reservado a las creencias religiosas. La jurisprudencia de las Comisiones previstas en los Protocolos Facultativos de los Tratados Internacionales, que hemos incorporado en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, dan cuenta que los casos provenientes de los denominados países pobres, giran sobre la temática de pena de muerte, secuestros de personas, y otras situaciones que agravian derechos primarios como el de la vida. En tanto que los europeos discuten por la educación, libertad religiosa, licitaciones, infracciones de tránsito, entre otros casos.

Estos protocolos han sido firmados por la mayoría de los países, por lo que tales criterios doctrinarios sería muy útil tenerlos en cuenta.

LAS ALTERNATIVAS LEGISLATIVAS

ASPECTOS DE FONDO

Primera cuestión a tener en cuenta: es el Estado quien debe disponer desde que edad se presume –jure et de jure- que los menores son capaces y pueden ser sometidos a proceso penal. Por debajo de esa edad no pueden cometer delito reprochable penalmente y su hecho ilícito ingresará en el plano de las contravenciones o faltas que por su naturaleza o la calidad del sujeto titular de la autoría, deben someterse a un proceso pedagógico a resultas del cual se disponen medidas socio educativas. Este campo de legislación y actuación es facultad exclusiva y excluyente de los Estados provinciales.

Con relación a los capaces penales, el Estado Nacional, como titular de la política criminal, puede establecer el límite en el que fija un reproche parcial o gradual como lo realizó en su tiempo la ley 22.278.

Entre otras, puede fijar una edad y considerar las siguientes alternativas:

1. Disponer que el reproche no es universal y fija claramente cuales son las excepciones.

2. Inclusión parcial de delitos, atendiendo al bien jurídico protegido o a las características del obrar del autor.

3. Reducir las penas; permitir absoluciones como lo hace la norma actual; en determinados casos y habiéndose cumplido las condiciones que se fijen.

4. Tomar el criterio italiano y escoger algún mecanismo de reproche proporcional a la responsabilidad del autor.

5. Los italianos también innovaron al disponer que en cualquier delito que se incrimine a un adulto, será considerada agravante de la pena si se da alguna participación de los menores de determinada edad.

ASPECTOS PROCESALES

Aunque resulte obvio, no es sobreabundante recordar que los menores vinculados al proceso penal gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos, lo que constituye el piso garantista que hace al marco del debido proceso.

A eso debe sumarse el plus proveniente del derecho de menores y especialmente de su naturaleza tuitiva. Dentro de esos parámetros se perfila el marco de contención adjetiva que distingue al proceso penal con menores. Claro está que el mojón de principal referencia lo conforman las normas y principios que traen los pactos internacionales, sus protocolos y resoluciones de interpretación.

La Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 40, N° 3, compromete a los signatarios al establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales. Coincidentemente la Directriz Nº 52 dice: "... aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes" (Directrices de RIAD).

Esto no quiere decir que el expediente sobre los niños tiene que tener una carátula de distinto color, o que se deben tramitar en oficinas disímiles de los adultos, seguro que eso no es el rasgo distintivo. Procedimientos específicos quiere decir que es un proceso distinto, esto es que se distingue de los otros por particularidades propias y definitorias.

Por eso se suele decir que en el proceso penal de menores conviven dos procesos independientes pero contemporáneos e interdependientes. En uno, se investiga el hecho que disparó la intervención jurisdiccional. En éste se

establece como meta la averiguación sobre la verdad, materialidad y autoría del hecho que se investiga. En el otro, se tiene en cuenta el hecho sólo como detonador o avisador de que algo atinente al proceso de desarrollo de ese niño puede estar demandando la intervención jurisdiccional con fines tutelares. Esta distinción se hace notoria cuando un menor comete un delito importante y se lo "interna en policía", para tutelarlo.

Para poder conformar una idea acabada sobre este instituto, corresponde hurgar en la normativa internacional atinente como la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y la remisión que en su preámbulo realiza hacia otros instrumentos como, Carta de las Naciones Unidas (24-10-45); Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos (10-12-48), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, y especialmente las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. En ese contexto se incluyen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD).

La Convención de los Derechos del Niño proporciona pautas muy claras en su artículo 37 inciso b): "La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

Para medir la significación de los términos corresponde aclarar que "Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública" Regla 11, b), de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

La primera lectura de la expresión "último recurso", es que hay otros recursos disponibles pero que se han agotado, no dieron frutos, o son perni-

ciosos. En todos los casos se necesita un diagnóstico disciplinar, amplio y suficiente para poder explicar la situación del menor, el estado de su proceso de desarrollo y el porqué de la medida. Las normas piden un informe en el que se dé cuenta de esos recursos dejados de lado, del diagnóstico psicosocial y del tratamiento que será objeto el menor. Se completa el mandato con el concepto "durante el período más breve que proceda". Esto importa que una vez diagnosticada la situación, el desarrollo del chico y las medidas necesarias para tutelarlo, debe indicarse con precisión el tiempo asignado para su cumplimiento, estableciendo los objetivos, los tiempos o etapas y el mecanismo de contralor de su cumplimiento.

La explicación armoniza con la regla que dice: La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo. (Nº 2, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad). Más que el tiempo de las medidas importa el cumplimiento de los objetivos fijados en el tratamiento.

Esta interpretación se ajusta a la Regla Nº 27: "Una vez admitido un menor, será entrevistado lo antes posible y se preparará un informe psicológico y social en el que consten los datos pertinentes al tipo y nivel concretos de tratamiento y programa que requiera el menor. Este informe, junto con el preparado por el funcionario médico que haya reconocido al menor en el momento del ingreso, deberá presentarse al director a fin de decidir el lugar más adecuado para la instalación del menor en el centro y determinar el tipo y nivel necesarios de tratamiento y de programa que deberán aplicarse. Cuando se requiera tratamiento rehabilitador especial, y si el tiempo de permanencia en la institución lo permite, funcionarios calificados de la institución deberán preparar un plan de tratamiento individual por escrito en que se especifiquen los objetivos del tratamiento, el plazo y los medios, etapas y fases en que haya que procurar los objetivos" (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad).

SOBRE EL PROCESO PENAL CON MENORES: a pesar de no contar con normas procesales apropiadas para proteger los derechos y garantías que los instrumentos internacionales reconocen a los menores, en esos mismos cuerpos normativos podemos encontrar institutos concretos y válidos para viabilizar un proceso distinto que, sin tener la autonomía necesaria, favorezca una mejor vigencia de los mismos.

¿Cuáles serían las reglas de ese proceso especial?

Siempre que se habla de reglas del debido proceso, se hace referencia al cumplimiento de los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, tales como principio de defensa en juicio, legalidad y contradictorio, entre otros.

Toda relación procesal es esencialmente contradictoria, toda vez que hay intereses y derechos en juego, y de este carácter (contradictorio), no puede substraerse ningún ordenamiento formal, ni siquiera el que regula el funcionamiento del fuero de menores, so - pretexto de la especialidad en razón de la materia, de dicho fuero.

Desde esta perspectiva, las reglas procesales están destinadas a garantizar que los argumentos de cada actor, basados en los hechos y en el derecho, serán tenidos en cuenta en el debate; de allí que junto con las reglas deban definirse roles procesales diferentes. La Convención de los Derechos del Niño, requiere "... leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos..." (artículo 40, N° 3), en tanto que las Directrices de RIAD requieren "... aplicar leyes y procedimientos especiales" (Nº 52).

La orientación más completa la hallamos en el Nº 10 de la Opinión Consultiva, CIDDHH, que reza: "Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sean indispensables adoptar en el desarrollo de éstos" (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Opinión Consultiva OC-17/2002. (de 28 de agosto de 2002), CONDICION JURIDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO.

Finalmente, el artículo 40 C.D.N. aporta los rasgos de excepción que distinguen a este proceso con el de los adultos. Ello cuando dice que el niño imputado debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en

cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Hemos visto también que amén del proceso específico se precisan jueces o tribunales especiales, como lo dice el citado Art. 40, nº 3 de la CDN. En igual sentido lo dice el Nº 11 de la Opinión Consultiva, CIDDHH: "Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Opinión Consultiva OC-17/2002.- (de 28 de agosto de 2002), CONDICION JURIDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO.

La necesidad del proceso especial y los tribunales distintos se complementa con las medidas propias para los menores de edad. Así, el artículo 40 C.D.N., N° 4, aclara que se dispondrá de diversas medidas alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Concuerda con la regla 5.1: "Cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito" ("Reglas de Beijing") y en el comentario agrega –como primer objetivo-: contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. El segundo objetivo es el "principio de la proporcionalidad". Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima. ("Reglas de Beijing").

Finalmente, la siguiente regla: "La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo" (I. 2. de Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad). Importa destacar que las Reglas de Beijing son del 28 de noviembre de 1985, es decir anteriores a la Convención de los Derechos del Niño, en tanto que las Directrices de RIAD, del 14 de diciembre de 1990, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, del 14 de diciembre de 1990, vale decir que son posteriores pero inmediatas a la Convención citada.

Al final podemos concluir que la carencia de normas adjetivas ajustadas a los compromisos internacionales no puede ser un impedimento para la plena vigencia de los derechos y garantías reconocidos en el sistema normativo internacional. Este nos brinda principios rectores apropiados para eliminar viejos institutos del derecho procesal clásico como así también aquellos que se construyeron por vía interpretativa y desde otros paradigmas extraños a los que reconoce la Convención de los Derechos del Niño. De la misma manera encontramos pautas muy claras de los elementos insoslayables que debe contener el proceso penal con menores.

En definitiva, no existen vallas procesales para la plena vigencia y aplicación de los derechos y garantía de los niños de quienes se diga que han cometido un delito.

EL DERECHO DE ALIMENTOS Y SU INCUMPLIMIENTO (*)

Por Hugo López (**)

1. ORIGEN DE LA OBLIGACION

1.1. La Constitución

La dignidad humana es uno de los fundamentos esgrimidos en el preámbulo de la Constitución Nacional Paraguaya. Para el resguardo de ella, articula los derechos y garantías de los que goza la persona: el derecho a la vida, a la libertad, a la familia, etc. Constituyen el camino constitucional para asegurar la dignidad humana. En ella encontramos las raíces de nuestra institución.

1.2. Los Tratados y Convenios Internacionales

El Paraguay, como los demás países de la región y del mundo occidental, transita por una etapa de inserción al internacionalismo. Esta sensibilización de los países por un ordenamiento positivo que rija no solo la vida en una determinada sociedad, limitada por fronteras, nace en el siglo pasado con la firma de varios convenios internacionales a nivel regional primero para luego reflejarse en el orden mundial. Paraguay se encuentra inmerso en ese contexto, es signatario de varios convenios internacionales que lo sitúan en el ordenamiento jurídico internacional, por lo que no sólo las normas de origen nacional integra su derecho positivo, sino también los tratados y convenios internacionales ratificados y canjeados debidamente, en el orden de prelación que se establece en la Constitución Nacional.

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Abogado, Ex Juez Penal

En ese orden de cosas y llevados de la mano por la Organización de Estados Americanos, se reunió en Montevideo una Convención Interamericana y el 15 de julio de 1989, aprueban la denominada "CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACION ALIMENTARIA".

Paraguay fue signatario de tal convención, que la ratificó por ley de la República Nro. 899, del 31 de julio de 1996, hecho por el cual pasa a integrar nuestro derecho positivo y debe ser observado en su cumplimiento por todos los órganos de la justicia.

En la convención de referencia se determina el derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como la competencia y la cooperación procesal internacional.

Se establece, por ejemplo, que la obligación alimentaria tendrá eficacia extraterritorial entre los Estados partes, siempre que reúnan las siguientes condiciones:

a) Que el Juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en esfera internacional de conformidad con los artículos 8 y 9 de esta Convención para conocer y juzgar el asunto;

b) Que la sentencia y los documentos anexos que fueren necesarios, según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deba surtir efecto;

c) Que la sentencia y los documentos anexos se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la Ley del Estado en donde deban surtir efecto, cuando sea necesario;

d) Que la sentencia y los documentos anexos vengan revestidos con las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde procedan;

e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la Ley del Estado donde la Sentencia deba surtir efecto;

f) Que se haya asegurado la defensa de las partes;

g) Que tengan el carácter de firme en el Estado en que fueron dictadas. En caso de que existiere apelación de la Sentencia ésta no tendrá efecto suspensivo.

Además de estos requisitos los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias son los siguientes:

a) Copia auténtica de la Sentencia;

b) Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo 11; y

c) Copia auténtica del auto que declare que la sentencia tiene el carácter de firme o que ha sido apelada.

La tramitación de una sentencia extranjera de alimentos se realiza ante el Juez de la Ejecución, es decir, en el caso paraguayo ante el Juez de la Niñez y la Adolescencia, cuando lógicamente, el alimentado sea un niño o una niña.

2. CONSECUENCIAS PENALES

La cuestión de las consecuencias penales de las sentencias de alimentos dictadas en el extranjero y cuyo cumplimiento deba ser exigido en el territorio de la República, por medio de un procedimiento especial establecido en la convención referida más arriba, pasa por distinguir si tal derecho, constitutivo de la cuota o pensión alimentaria, dentro del territorio de la republica, hace nacer solo un derecho crediticio o todos los derechos y consecuencias civiles y penales de la obligación legal alimentaria.

Nuestra posición es que no produce consecuencias penales, pero sí consecuencias civiles, tal como la constitución de un derecho crediticio en contra del deudor alimentario, en favor del acreedor alimentario. Por tanto, reclamable por la vía de la Ejecución de la Sentencia.

En cuanto a lo penal, en el Derecho Penal paraguayo rige el principio de legalidad.

El principio de legalidad, entre otras cosas, nos exige que para la criminalización de una conducta, la misma debe estar estrictamente descripta en una norma penal, en caso de que la conducta del agente no se compadezca o no cumpla con los presupuestos de punibilidad, es decir, con los requisitos

objetivos del tipo penal y otros, la misma, está fuera del alcance del derecho penal y por consecuencia lejos del poder punitivo del Estado.

En tal sentido el Art. 225 del Código Penal Paraguayo establece:

"INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO

1°) El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de la vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2°) El que incumpliera un deber legal alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años"

A partir de aquí debemos analizar la aplicabilidad de este precepto penal al hecho del incumplimiento de una Sentencia de alimentos dictada por un Tribunal extranjero y exigible en nuestro territorio.

El requisito objetivo básico de la norma citada precedentemente es el incumplimiento de un "DEBER LEGAL".

Convengamos que el "DEBER LEGAL" es aquel que surge de una LEY; la legalidad o la ilegalidad se genera en la ley. Todo lo que se encuentra dentro de la Ley es legal; por tanto, todo lo que se halla fuera de ella, es ilegal. Es decir, el "DEBER LEGAL" es aquella obligación establecida en la norma. En el caso del derecho paraguayo, el deber legal de prestar y/o recibir alimentos, se establece en los Arts. 258 del Código Civil, 97 y 98 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Seguidamente, el derecho que nace en las normas citadas genera la obligación a prestar alimentos de las personas que están comprendidas en ellas. Es decir, aplicando estrictamente el principio de legalidad, el "DEBER LEGAL" se genera en la Ley paraguaya. Fuera de la ley paraguaya, se genera, como ya lo estableciéramos más adelante, solo una obligación crediticia, es decir, una deuda por alimentos que puede ser ejecutada, en los casos de incumplimiento, a través del proceso de ejecución.

Por tanto, el incumplimiento de una sentencia extranjera de alimentos no produce consecuencias penales en nuestro país.

3. CARACTERISTICAS DEL DELITO DEL INCUMPLIMIENTO DENTRO DE LA CLASIFICACION GENERAL DE LOS TIPOS PENALES

Para el efecto debemos separar los dos incisos que compone la norma del Art. 225 del C.P.

3.1. Inciso primero

En efecto, el inciso primero se caracteriza por ser un hecho punible independiente del instituto civil; de omisión propia; es una ley penal en blanco; es un delito de resultado y también de peligro, porque presupone ambas situaciones; doloso; es de los denominados delitos permanentes y de condición objetiva de perseguibilidad.

Independiente del Instituto Civil

Porque no requiere la preexistencia de una sentencia condenatoria en sede civil para su perfeccionamiento. Esta disposición de nuestra ley penal la ubica en el contexto de las legislaciones penales sobre incumplimiento alimentario, en la corriente más vanguardista de nuestros tiempos. No es necesario para el derecho penal paraguayo que el incumplidor esté condenado por un Juez Civil o de la Niñez y la Adolescencia para comprobar su conducta delictiva, solo basta que el mismo tenga la obligación legal de asistir alimentariamente a una persona. Esa obligación, como lo señaláramos más adelante, nace en el Código Civil y se ratifica en relación a los niños y niñas en el novel Código de la Niñez y la Adolescencia. Decíamos que nuestra legislación se ubica en la vanguardia normativa en relación a este instituto porque en el derecho comparado, son aún muchos los países que requieren de una sentencia civil como requisito previo para la persecución penal del hecho.

De omisión propia

En razón de que castiga el incumplimiento de un deber. Es decir, castiga el dejar de hacer lo que la norma, en este caso civil, manda que el obligado haga; que atienda las necesidades de alimento del beneficiario. Además, porque es la propia omisión lo que la norma castiga.

Es una ley penal en blanco

Porque recurre a otras leyes para su configuración. Específicamente a la ley civil, en donde se determina las personas legalmente obligadas a prestar alimentos. Si no recurriera a la ley civil, no podría determinar, digamos, su territorio o su campo de acción en relación a las personas obligadas al deber de alimentar o prestar alimentos.

De resultado y de peligro

Porque requiere que se produzca el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o que se hubiera producido (el empeoramiento) de no haber cumplido otro con dicha prestación. En este último caso castiga también el haber puesto en PELIGRO las condiciones básicas de la vida del titular. Esto nos lleva a la conclusión de que si el incumplimiento no produjera el resultado enunciado, es decir, el empeoramiento de la vida del beneficiario, o no peligre la producción de tal resultado, el delito no se configurara.

Permanente

Por la manera de su concreción, se manifiesta por actos sucesivos. La calidad de delito permanente tiene su importancia a los efectos de evitar el doble enjuiciamiento o el doble castigo. El non bis in idem. La prohibición de repetición que se consagra en la Constitución Nacional y el Código Procesal Penal incide en la solución de los problemas de concurso de delitos o en la determinación de la prescripción de la acción. Pues, gracias a esta caracterización se puede concretar cuándo empieza el delito del incumplimiento y cuándo termina. No podrá pensarse pues que por cada mes de incumplimiento se deba aplicar sanciones penales al incumplidor.

Condición objetiva de perseguibilidad

En el sentido que la ley penal requiere de una relación de legalidad entre el obligado y el beneficiario. Esta obligación de legalidad nace del derecho de familia que se consagra en la ley civil.

Doloso

La norma no castiga la conducta culposa, sólo sanciona la conducta dolosa. En relación a este punto se hace necesario a los efectos de traer más luz sobre el asunto, que recurramos al Art. 17 del C.P. que consagra en el inc.

1º que "cuando la ley no sanciona expresamente la conducta culposa, será punible sólo la conducta dolosa".

3.2. Inciso segundo

El inciso segundo difiere del inciso primero solo en cuanto que: requiere del concurso del instituto del derecho civil, es decir, de la declaración de la obligación alimentaria por medio de una Sentencia pronunciada en sede civil, y además, porque configura un delito de pura actividad, no requiere como el inciso primero, la comprobación del empeoramiento de las condiciones de vida del titular, ni el peligro de este resultado. Basta que el obligado haya incumplido su deber alimentario.

En las demás características, ambas normas son semejantes.

Instituto civil

La norma que se establece en el inciso segundo del Art. 225 del C.P., que castiga el incumplimiento del deber legal alimentario, es el tipo agravado de este hecho punible. El legislador habrá entendido que la inconducta del incumplidor sube de punto, cuando su deber proviene de un juicio de alimento en el que el mismo tuvo la oportunidad de ejercer su defensa civil. Lógicamente que es diferente la situación del obligado legalmente, del obligado judicialmente. Este sabe con mucha anticipación sobre su obligación y sus posibilidades de cumplirlo fue comprobado debidamente a través de un juicio extra penal.

Delito de pura actividad

Como ya lo dijéramos, ante el presupuesto de una declaración del derecho de alimentos en sede extra penal, este supuesto no requiere de la causación de un resultado. El delito se perfecciona con el mero hecho de no cumplir con la sentencia de sede civil.

4. ESTRUCTURA DEL HECHO PUNIBLE

Además de las características del delito que acabamos de enunciar, debemos considerar que para que se compruebe su existencia en una conducta, ésta debe ser sometida al estudio de la comprobación de los elementos que caracterizan a los delitos de omisión propia, que dicho sea de paso, se construye de manera diferente a los delitos de acciones dolosas o de omisión culposa.

4.1. Tipicidad

En efecto, para comprobar la tipicidad del hecho punible de incumplimiento del deber legal alimentario es necesario comprobar la existencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, como ser:

4.1.1. Elementos del tipo objetivo

a) La situación generadora del deber. En el primer inciso, como ya lo dijéramos, el deber se genera con la sola comprobación de que el agente se halla obligado por una ley extra penal, que es la ley civil, en relación a los alimentos de la victima.

b) La comprobación de la omisión. El no cumplimiento de la obligación debe ser acreditado para la comprobación de la conducta del agente.

c) La capacidad de actuar: El autor debe estar en condiciones de hacer o de cumplir con su deber legal de alimentos. En el caso de que no esté en condiciones, no se le podrá comprobar la tipicidad objetiva.

d) La comprobación del resultado: Este requisito es aplicable solamente en el caso de la norma del inc. 1º) en atención a lo que prescribe la misma sobre el empeoramiento de las condiciones del vida del titular o la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la norma. Sin embargo, la presencia de un resultado disvalioso no es necesario para el inc. 2º) Esta norma castiga el solo hecho del no cumplimiento, es una norma de pura actividad.

4.1.2. Elementos del tipo subjetivo

a) Dolo: El elemento subjetivo del tipo penal en estudio absorbe todos los tipos de dolo, es decir, se puede comprobar la existencia de este elemento en cualquier circunstancia conocida en la doctrina. En efecto, el elemento psicológico se comprueba cuando el actor conoce la situación generadora del deber de actuar, como segura o probable y quiere la realización del resultado, deseándolo o sin desearlo.

4.2. Antijuridicidad

Habría que tener mucho cuidado en la conformación del tipo penal, en el sentido que realmente no se halle justificada por algunas de las causas de justificación, en especial, con el estado de necesidad justificante. El hecho no

pasaría el filtro de la antijuridicidad en el supuesto de que el agente haya realizado la conducta del incumplimiento por razones de salvamento de una situación de peligro presente para un bien jurídico, propio o ajeno de mayor valor. Ejemplo: Es la situación del padre que incumple con el deber legal por asistir a otro hijo, esposa o pariente cuya vida hubiera corrido peligro si no fuera por su asistencia. En este caso, naturalmente, se descarta la antijuridicidad de la conducta del padre.

4.3. Reprochabilidad

La reprochabilidad es la capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho y no obstante determinarse conforme a tal conocimiento.

Es decir, el incumplidor de la obligación alimentaria debe actuar con:

a) Conocimiento de la antijuridicidad: El incumplidor debe haber omitido su deber alimentario, sabiendo de que lo que hacia o mejor dicho, lo que dejaba de hacer, es contrario a las leyes. Esto de saber que una acción o en nuestro caso, una omisión, es contraria a la ley, no quiere decir que el omitente debe tener conocimiento específico de la norma que rige en la materia. Ello no es necesario, basta con probar que por su inserción social no puede desconocer las reglas elementales del ordenamiento jurídico.

b) Capacidad de reprochabilidad: La capacidad de reprochabilidad se comprueba cuando el agente tiene capacidad de imputabilidad, es decir, es mayor de 14 años y no sufre de alteraciones mentales o no produjo su conducta inmerso en alguna causa de irreprochabilidad penal.

c) Exigibilidad de otra conducta: El autor de un hecho punible reúne en su persona los presupuestos de la punibilidad cuando, al realizar el hecho o al omitir un deber de hacer, actúa con libertad. Es decir, cuando el agente realiza una conducta exigido por un agente externo que no le permite actuar con libertad, y no se le puede exigir otra conducta, no obra con reprochabilidad.

d) En este punto también habría que analizar y descartar el error de prohibición.

4.4. Punibilidad

Finalmente, no sólo es necesaria la comprobación de la punibilidad de la conducta del autor para aplicarle una sanción, a ello hay que adicionar el

estudio de la punibilidad y en tal sentido constatar por ejemplo las llamadas excusas absolutorias.

REGISTRO DE ALIMENTANTES DEUDORES PAGO EN DINERO O EN ESPECIE DE LA OBLIGACION DE PROPORCIONAR ASISTENCIA ALIMENTARIA (*)

Por Gloria Elizabeth Benítez y Juan Bautista Guastella

Ellos son las víctimas del mundo que los adultos destruyen, son los huérfanos y refugiados de esta gran guerra, pagan en su carne y en su vida facturas ajenas. Beatriz Salsaberg.

INTRODUCCION

La familia cumple la función de asistir, proteger y sostener a sus miembros, además de los otros roles que se le atribuyen. La familia, que según Antonio Cicu, es el conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad. Pero no sólo éstas son parientes entre sí, sino también las unidas por vínculo jurídico de afinidad.

Los parientes obligados a prestar la asistencia alimentaria deben proveer los medios necesarios para procurar y favorecer una subsistencia digna tanto a los adultos como a los niños y adolescentes necesitados, ofreciendo alimentos, protección, cuidados.

La función a la que hicimos mención se configura dentro de la familia nuclear, pero luego de que los cónyuges se divorcien surgen variantes que considerar, como la ayuda alimentaria que se deben los cónyuges entre sí, los padres a los hijos, y demás parientes, según el orden de prelación establecido en el Código Civil.

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

Haremos un análisis sobre el modo de cumplir con la asistencia alimentaria, considerando que algunos padres solamente desean pagar en especie los alimentos y no en dinero.

La sugerencia que realizaremos al final de este trabajo tiene por objeto la creación de un Registro de Alimentantes Deudores, a los efectos de coaccionar al alimentante, a fin de que el niño, la niña, el adolescente, el cónyuge, el abuelo necesitado, etc. es decir, la parte más débil no sean perjudicados ni vulnerados en el cumplimiento de este derecho fundamental.

Los alimentos, los cuidados, no pueden faltar, los vínculos nutrientes y asistenciales nunca pueden ser incumplidos ni cercenados. El derecho, a través de los distintos Códigos e inclusive desde la misma Carta Magna, ha regulado, con sus distintas garantías de cumplimiento, la obligación de asistencia alimentaria entre parientes.

Los tratados de Derechos Humanos y en especial, la Convención de los Derechos del Niño, defienden el derecho a la vida, a la supervivencia y desarrollo en el artículo 6, proclama el derecho a la salud en el artículo 24, a un nivel de vida adecuado en el Art. 27 inc.1, a la educación en el artículo 28 y a la recreación en el artículo 31.

Pero lo importante de las buenas regulaciones jurídicas es hacer posible y viable su cumplimiento. Para hacer efectiva la responsabilidad del padre, de la madre y de los demás alimentantes obligados y así asegurar las condiciones de vida adecuadas para el desarrollo del niño y la subsistencia de las demás personas alimentadas, el Paraguay debe adoptar medidas tendientes a obligar y garantizar el pago de la pensión alimentaria.

CONCEPTO Y GENERALIDADES DE LA ASISTENCIA ALIMENTARIA

En el Código Civil vigente encontramos que el Capítulo XII habla “Del Parentesco y de la Obligación de Prestar Alimentos”. Notamos que el Código de la Niñez y de la Adolescencia en el Capítulo IV se refiere a la Asistencia Alimentaria. Esta ley más nueva, por lo tanto ha sustituido la palabra Prestación por la de Asistencia.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de la Economía, escrito bajo la dirección de Víctor de Santo define a la Prestación de alimentos de la siguiente forma: “Obligación impuesta por la ley a ciertos

parientes de una o varias personas a las cuales han de proporcionar lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, además de lo preciso para la asistencia médica y farmacéutica, de acuerdo con las condiciones de quien la recibe y los medios de quien la debe".

En el diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas de Manuel Ossorio prestación denota: "Objeto o contenido de un deber jurídico, que equivale a dar, hacer o no hacer". Para resaltar la diferencia citamos nuevamente a Víctor de Santo quien, define a la Asistencia Familiar: como "la obligación de ayuda que surge de las relaciones de familia, como la de los padres, de prestar alimentos a los hijos, manutención, vestido, habitación, gastos por enfermedades, etc. La misma obligación tienen los hijos para con los padres desvalidos. Las relaciones de familia y la defensa de la misma, consideradas como pilar de la estructura social, son precisamente uno de los bienes jurídicos que el derecho debe tutelar desde todos los ángulos normativos. De ahí que las relaciones de familia se encuentren protegidas desde el ámbito del derecho civil, administrativo y aun penal. Así, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad y del matrimonio puede dar lugar a sanciones de orden civil y penal. En el matrimonio, el abandono voluntario y malicioso constituye causal de divorcio. El delito de abandono de familia reconoce su primer antecedente en Francia en 1924. Las legislaciones han regulado el tema basándose en criterios muy dispares, pues mientras algunas sancionan el mero abandono pecuniario, otras han involucrado dentro de este delito todos los deberes de asistencia familiar tanto materiales como morales."

Según el Doctor Miguel Angel Pangrazio. "La obligación de prestar alimentos es un deber moral que nace del vínculo del parentesco. La palabra alimento tiene en la acepción jurídica un sentido más amplio que el del lenguaje ordinario. Comprende todo lo que es necesario para la vida civilizada. La disposición prevé subvenir tanto las necesidades biológicas como las de civilización. El ser humano requiere un desarrollo mental mediante una formación educativa adecuada para realizarse en la vida. Hoy en día los analfabetos o los de bajo índice cultural se encuentran en desventaja frente a una sociedad cada día más exigente. El Derecho Romano sancionaba la obligación de prestarse alimentos solamente en relación a los padres, ascendientes, descendientes y recíprocamente".

Bossert y Zannoni en su libro: "Manual de Derecho de Familia sostienen en este sentido que el vínculo jurídico determinante del parentesco establece una verdadera relación alimentaria, que se traduce en un vínculo obligacional de origen legal, que exige recíprocamente de los parientes una pres-

tación que asegure la subsistencia del pariente necesitado. Esta relación de índole netamente asistencial, trasunta principios de solidaridad familiar ante las contingencias que pueden poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impidan circunstancial o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar esa subsistencia."

La Doctora Alicia Pucheta de Correa menciona en su Libro Derecho del Menor, Instituciones, Protección Prenatal y Alimentos que:" El vocablo alimentos proviene del latín alimentum, de alo: nutrir. Los alimentos son definidos como ayuda asistencial dispensada para la subsistencia, crianza y educación de una persona" A su vez se define la pensión alimenticia, como: "prestación de tracto sucesivo, destinada a la asistencia económica de una persona – sustento, vestuario, medicamento y educación- cuya exigencia surge de la ley, contrato y testamento" (1).

"La obligación alimentaria, enfoncada desde las necesidades de la vida del menor, para los padres significa una obligación natural, primordial e ineludible. Antes de toda otra consideración, tal deber es moral, por excelencia. No obstante, no se ha reducido a una mera imposición de conciencia, sino que ha llegado a adquirir carácter legal por obra del Derecho. De ahí que lo deseable es que el progenitor que debe pasar alimentos al hijo, lo haga voluntariamente, sin esperar una resolución judicial de fijación de alimentos para hacer efectivo su cumplimiento" (2).

QUIENES ESTAN OBLIGADOS RECIPROCAMENTE A RECIBIR ASISTENCIA ALIMENTARIA

El artículo 258 del Código Civil establece que están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos, en el orden que sigue: los cónyuges; los padres y los hijos; los hermanos; los abuelos y en su defecto, los ascendientes más próximos y los abuelos, el yerno y la nuera.

Según el artículo antes citado los descendientes la deberán antes que los ascendientes. La obligación se establecerá según el orden de las sucesio-

(1) Pucheta de Correa, Alicia, Derecho del Menor, Instituciones, Protección Prenatal y Alimentos, Legislación Comparada, Jurisprudencia. Tomo I, Pág. 119.

(2) Pucheta de Correa, Alicia, Derecho del Menor, Instituciones, Protección Prenatal y Alimentos, Legislación Comparada, Jurisprudencia. Tomo I, Págs. 147-148.

nes, proporcionalmente a las cuotas hereditarias entre los ascendientes y los más próximos están obligados antes que los más lejanos, y los del mismo grado por partes iguales.

PROTECCION PRENATAL

La maternidad está amparada en la ley, para asegurar a todo niño o niña desde su concepción su protección integral. Cualquiera sea el estado civil de la mujer embrazada, la misma tiene derecho a demandar ante el Juez de la niñez y de la adolescencia una asistencia prenatal.

El artículo 9 de la Ley 1680 contempla la protección de la persona por nacer que será ejercida mediante la atención a la embarazada, desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto. Están obligadas a ella el progenitor y en ausencia de éste, aquellas personas para quienes el Código establece responsabilidad subsidiaria. El Código del Niño también responsabiliza al Estado, en la atención a la mujer embarazada insolvente a la que se proveerá alojamiento, alimentación y medicamentos necesarios. Asimismo se protegerá a la mujer embarazada indígena, respetando su cultura.

La ley prevé la protección a la mujer embarazada, aun cuando el niño naciere muerto o muriese durante el período neonatal El artículo 97 del Código de la Niñez y de la Adolescencia estatuye: “La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo. Los alimentos comprenden también la obligación de proporcionar a la madre los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto. En ningún caso el Juez dejará de pronunciarse sobre la asistencia alimenticia solicitada”.

MARCO LEGAL VIGENTE

La prestación alimentaria es una conducta demostrativa de la solidaridad humana. La ley la convierte en una obligación que deviene en el caso de los padres con relación a los hijos, de la patria potestad.

Para Ricardo Dutto en su libro Juicio por incumplimiento alimentario escribe: “En el ordenamiento civil se establecen grados de prelación, sujetos obligados y distintas categorías, no obstante la naturaleza eminentemente asistencial que predomina en el contenido y las siguientes características: recíprocos, irrenunciables, intransferibles e inembargables, entre las más trascendentes”.

a) Constitución Nacional

La protección alimentaria tiene rango constitucional, debido a que es un derecho fundamental, de carácter prioritario. El niño o adolescente, así como los demás parientes necesitados de asistencia, nunca pueden dejar de percibir esta ayuda, por ser este derecho inherente a su condición de ser humano. Inclusive la Constitución Nacional prevé una sanción para el alimentante que no cumple con el deber alimentario. En el artículo 53 dispone: "Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria. Todos los hijos son iguales ante la ley esta posibilitará la investigación de la paternidad, se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales".

b) Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña — Ley 57/90— y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, ratificada por ley N° 899/96:

El Paraguay ha ratificado Convenios Internacionales a los efectos de proteger el derecho del niño, la niña y el adolescente a recibir asistencia alimentaria, aun cuando los afectados y los obligados residieran en distintos países. La Convención Interamericana tiene como objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte.

La Convención sobre los Derechos del niño y la niña, ley 57, preceptúa en su artículo 27 en el inciso 4:" Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel, en que resida el niño, los Estados partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales por la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualquiera de otros arreglos apropiados".

c) Código Civil:

El Código Civil Paraguayo, en el Capítulo XII, Sección II, estatuye sobre la obligación de prestación alimentaria en los artículos 256 y siguien-

tes, disponiendo en el primer artículo: “La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco, comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos”

d) El Código de la Niñez y de la Adolescencia establece en el Art. 97: “El padre y la madre del niño o adolescente están obligados a proporcionarle alimentos suficientes y adecuados para su edad. La asistencia alimenticia incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo. Los alimentos comprenden también la obligación de proporcionar a la madre, los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto. En ningún caso el Juez dejará de pronunciarse sobre la Asistencia Alimenticia solicitada”.

El Código habla de la prestación obligatoria de asistencia alimenticia a cargo de parientes. Y dispone que en caso de ausencia, incapacidad o falta de recursos económicos de los padres, deben prestar asistencia alimenticia las personas mencionadas en el artículo 4 de esta ley, y subsidiariamente, el Estado. El artículo 4 de la ley 1680, se refiere a la responsabilidad subsidiaria: Los padres biológicos y adoptivos, o quienes tengan niños o adolescentes bajo su guarda o custodia, y las demás personas mencionadas en el artículo 258 del Código Civil, tienen la obligación de garantizar al niño o adolescente su desarrollo armónico e integral, y a protegerlo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación. Cuando esta obligación no fuera cumplida, el Estado está obligado a cumplirla subsidiariamente. Cualquier persona puede requerir a la autoridad competente que exija a los obligados principales del Estado el cumplimiento de sus obligaciones. El artículo 99 dice que el demandado para el cumplimiento de la asistencia alimenticia no podrá iniciar un juicio para eludir el pago al que haya sido condenado: el pago de la pensión alimenticia por el alimentante hasta tanto no exista sentencia definitiva en otro juicio, que pudiera revertir la condena dictada en el juicio de alimentos. A partir de los artículos 185 y siguientes se establece el procedimiento para la fijación de alimentos para el niño y la mujer grávida.

Este procedimiento especial trae como innovación lo dispuesto en el artículo 188, que dice: “En las actuaciones de primera instancia, solicitada la fijación provisoria de alimentos, el juez, antes de pronunciarse sobre lo solicitado, citará al alimentante una sola vez y bajo apercibimiento de tener por cierta las afirmaciones de la parte actora.

También es oportuna la legislación nueva, porque dispone que en cualquier etapa del procedimiento, el juez podrá dictar fijación provisoria de alimentos, para lo cual deberá oír al demandado. Es dable resaltar que la ley dispone que el derecho en virtud del cual se solicite alimentos, sólo podrá probarse por medio de instrumento público o por absolución de posiciones del demandado. El monto del caudal del demandado podrá justificarse por toda clase de prueba, incluso por medio de testificales rendidas previamente ante el Juez.

El Art. 189 del C.N trae consigo cambios importantes en la fijación de del monto y de la vigencia de la prestación.

e) Código Penal:

La legislación penal vigente sanciona al alimentante en caso de incumplimiento del deber legal alimentario, según el artículo 225 que trascripto dice: Inciso 1ro. El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. Inciso 2do. El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

Carácter asistencial y obligatorio de proporcionar alimentos

La Jurisprudencia Argentina citada por el Doctor Ricardo J. Dutto en su libro Juicio por Incumplimiento alimentario dice que la obligación alimentaria, por su propia naturaleza y fundamento, tiene por finalidad directa e inmediata una necesidad ineludible, de carácter real e impostergable.

La prestación de alimentos en el marco de las relaciones de familia debe buscarse en términos de solidaridad humana y más precisamente en la necesidad de que todos quienes están ligados por lazos de sangre concurran a hacer posible el bien personal de los integrantes de la comunidad familiar a la cual pertenecen.

Las especiales características del deber alimentario hacen que su satisfacción no admita postergaciones ni mezquindades de ninguna índole. Así lo ha entendido el legislador al rodear el cumplimiento de esta obligación de particulares garantías, con lo que no hizo sino reflejar el común sentimiento

de repulsa que despierta quien voluntariamente se sustrae de la responsabilidad que posee para con los suyos.

La relación alimentaria deriva de una obligación legal de contenido eminentemente patrimonial, pero al atender a la persona del alimentado tiene carácter asistencial, siendo por lo tanto su relación jurídica, con características distintivas, entre las que se puede enunciar: inherencia personal: la obligación no se transmite a los herederos del alimentante. Es inalienable: el derecho de la prestación alimentaria no es susceptible de transferirse. Es irrenunciable: lo irrenunciable es el derecho a percibir los alimentos. Es recíproco: este carácter resulta de la obligación alimentaria entre parientes, sean consanguíneos o afines, pero no es aplicable a los hijos menores que se encuentren bajo la patria potestad, ni tampoco entre los cónyuges, cuando existe sanción al cónyuge culpable de la separación personal o divorcio vincular. Es inembargable: la suma que se destina a los alimentos no puede ser embargada por acreedores del alimentista.

La jurisprudencia reseñada indica la pauta legal sobre el contenido de la asistencia alimentaria, aunque actualmente la opinión predominante es incluir otros aspectos: así por ejemplo: educación, esparcimiento, vacaciones, sociabilidad y en general, las necesidades culturales, razonables en el marco socio-económico de los sujetos intervinientes, con la exclusión de los gastos superfluos o lujosos.

La mentada satisfacción ha de procurarse de conformidad con las condiciones sociales y el estilo de vida del receptor, tratando de lograr un adecuado equilibrio entre el monto de la cuota y las necesidades a cubrir.

PAGO EN DINERO O EN ESPECIE

En la realidad actual se da que los padres no quieren dar dinero en efectivo a las madres de sus hijos, cuando no existe convivencia. Argumentan que algunas madres no invierten ese dinero en las necesidades de sus hijos, sino utilizan en gastos propios de la madre o de los nuevos hijos surgidos de otras uniones. Otros padres no pueden pasar dinero, pero sí en especie, como el caso de un comerciante, que puede proveer semanalmente a sus hijos de carne, verduras, leche, pañales, pero que argumenta no poder pasar el dinero, porque compra y vende mercaderías, además le deben y él debe. Por ello los autores de este trabajo, hemos estudiado la posibilidad de prever en la ley el pago en especie de la asistencia alimentaria.

El Código Civil en su artículo 264 dice: “El que debe suministrar los alimentos puede hacerlo mediante una pensión alimentaria o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a los alimentos. El Juez decidirá cuando estime conveniente admitir o no esta última forma de prestarlos”. El artículo 189 del C de la N y de A. establece que los alimentos deberán ser fijados en jornales mínimos, para actividades diversas no especificadas, incrementándose automáticamente y proporcionalmente, conforme a los aumentos salariales. El artículo 190 dice: Cuando no fuese posible acreditar los ingresos del alimentante, se tomará en cuenta su forma de vida y todas las circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. Se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que recibe al menos el salario mínimo legal.

Según la Dra. Pucheta, en su obra supra mencionada, existen dos formas de prestar alimentos: a) como una pensión, cuando el obligado pasa periódicamente una cantidad de dinero para atender a las necesidades del alimentado; y b) cuando el obligado suministra en especie, lo que necesita para su subsistencia; el Código Civil Paraguayo lo menciona con el nombre pago in natura (Art. 264).

La segunda forma es la regla en la obligación que tienen los padres para con los hijos menores, que conviven con aquellos. La verdad que en la inmensa mayoría de los casos, cuando la familia se encuentra unida; la obligación se cumple sin entregar dinero, por ejemplo, teniendo a los hijos menores en la casa familiar y alimentándolos.

Según Bossert y Zannoni el pago de la cuota debe ser en dinero. Sin embargo las partes podrían acordar el pago en especie, o bien parte en especie y parte en dinero, como, por ejemplo, la entrega de determinados elementos, ropas, útiles escolares, medicina que periódicamente requiere el alimentado, además de una suma de dinero. También, las partes pueden acordar que el alimentante abone en forma directa a terceros determinados rubros, atenientes a las necesidades del alimentado, como, por ejemplo, que abone la cuota de la mutual médica, los alquileres de la casa que ocupa el alimentado, los gastos del colegio, etc. Pero, repetimos, sólo el acuerdo de partes puede permitir obviar la disposición legal que exige el pago de dinero a través del respectivo depósito bancario.

Conclusión y recomendación final:

Creación del Registro de alimentantes deudores

El alimentante preso por incumplimiento de la asistencia alimentaria no soluciona el problema sino que lo agrava. Tampoco el pago de una multa beneficia a los niños y adolescentes, pues esta multa va destinada a cuentas abiertas a nombre del Poder Judicial y del Ministerio Público. Para los jueces, posiblemente, es agobiante aplicar una pena de prisión al incumplidor del deber asistencial, porque la decisión de evitar la sanción efectiva se inicia en la idea de la inutilidad de la condena, porque una pena privativa de libertad constituye un perjuicio para las víctimas que son los hijos.

La aplicación de pena privativa de libertad a la persona por incumplimiento es la misma con la cual se reprime a la persona que comete un robo o un hurto. Este tipo de pena no favorece en absoluto a los miembros de la familia. Nadie se beneficia si el padre se halla privado de su libertad en la cárcel; ni la madre ni los hijos tienen la posibilidad de recibir el pago de la deuda alimentaria. Se presume que el temor de ir a la cárcel obligaría al alimentante a cumplir con su deber.

La justicia penal prevé otros modos de conclusión de los procesos, como la suspensión condicional de procedimiento previsto en el artículo 21 del CPP, a fin de evitar la cárcel para el padre moroso o incumplidor, proponiendo el pago de toda la deuda alimentaria. Creemos que ésta es una salida saludable y que la cárcel y la condena serían siempre en casos extremos y la última ratio. La justicia debe buscar e intentar todas las formas posibles de actuar para lograr que el incumplidor cumpla con su deber. Intentada la conciliación entre las partes, el incumplimiento alimentario debe ser sancionado enérgicamente, pues este delito es el de los más reprochables y quien lo comete es un delincuente social.

Recomendaciones finales

No existe excusa para que la Asistencia Alimentaria no se cumpla. La ley debe ser clara, buena y aplicable, es decir facilitar lo arriba sostenido. La familia merece una atención jurídica dentro de un marco social; para el efecto se debe proveer de instrumentos legales eficaces, como realizaron países con conciencia jurídica. Consideramos que a través de sanciones efectivas y de carácter social vinculadas con el derecho de familia, se obligaría al cumplimiento de la prestación de alimentos, con relación a los hijos o parientes (cónyuges, padres, abuelos, hermanos, según el artículo 258 del C.C).

Estas medidas a nuestro criterio serían más efectivas que la pena privativa de la libertad, en virtud de la cual el obligado a prestar alimentos deja de

trabajar y por lo tanto se ve mayormente imposibilitado de cumplir con el deber de asistencia. Para el efecto proponemos la Creación del Registro de Deudores Alimentarios, en donde quedarán asentados los nombres y apellidos de los incumplidores de la asistencia alimentaria y recomendamos que:

1. Los nombres de los deudores alimentarios sean publicados a través de los medios masivos de comunicación escrita, radial y televisiva. De tal manera que la sociedad conozca a los padres y parientes incumplidores de sus deberes legalmente establecidos, por su relación de parentesco.

2. A los deudores alimentarios se les cancelará sus registros de conducir y no se les expedirá en caso de no contar con ellos o de solicitar su renovación.

3. A los deudores alimentarios no se les concederá créditos, ni préstamos de ninguna índole en los Bancos y entidades financieras.

Pretendemos que la obligación alimentaria sea cumplida íntegramente, pues estamos ante un derecho inviolable y pensamos que estas sanciones, además de las previstas en el Código Penal, facilitarían la aplicación irrestricta de la ley. No podemos olvidarnos de los hijos, ni de los parientes ni del principio de solidaridad que sustenta a la familia ni del derecho de asistencia alimentaria.

SALUD REPRODUCTIVA Y PLANIFICACION FAMILIAR. POLITICAS. CEPEP (*)

Por Margarita Ferreira

En el Paraguay existe plena conciencia del problema social que representa la alta tasa de mortalidad materna e infantil, que ocupan los primeros lugares en América Latina. Esa plena conciencia se ha traducido en acciones concretas y eficaces tendientes a reducir de modo significativo las referidas tasas de mortalidad. La coordinación y armonía en los trabajos de los diferentes estamentos que desde sus respectivas áreas se preocupan y se ocupan de la solución del problema, ha permitido aprovechar debidamente todas las ventajas de orden económico-financiero y de información que los organismos internacionales tienen a disposición de países como el nuestro.

SALUD REPRODUCTIVA: DESAFIOS

"La Salud Reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos". La apertura democrática en Paraguay (1989), coincidente con el ambiente de globalización reinante, dió como resultado la apertura del país al mundo, lo que nos permite conocer más acabadamente las experiencias y las soluciones que los países del primer mundo dieron a estos problemas. Esa apertura dió como resultado la promulgación de una profusa legislación sobre la situación de la Salud Reproductiva en nuestro país, que va desde su incorporación a la Constitución Nacional, año 1992 como programa o meta

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

para alcanzar, a Códigos, como el Civil (Ley Nro. 1183/85), el Laboral (Ley Nro. 213/93), el Sanitario (Ley Nro.836/80), el de la Niñez y Adolescencia (Ley Nro.1680/2000) y el Penal (Ley Nro.1160/97). En Paraguay fueron divulgados profusamente tanto las conclusiones de El Cairo como de Beijín y las implementaciones de las recomendaciones de dichos Acuerdos Internacionales no conocen de obstáculos constitucionales ni legales. En Paraguay, el orden jurídico esta regido por la pirámide de Kelsen, por lo tanto la graduación de las disposiciones legales se establecen en el orden siguiente:

Constitución Nacional.
Acuerdos y Tratados Internacionales Ratificados.
Decretos Presidenciales.
Resoluciones.
Disposiciones y Acordadas.

En este orden se señalan cuales son las normas prevalentes que deben primar en el momento de su aplicación. (Estudios de Legislación Paraguaya sobre Maternidad segura y Emergencias obstétricas) (Rivas. F, año 1997).

En la Constitución Nacional

Artículo 55 - De la maternidad y paternidad: El Estado protege la maternidad y la paternidad y fomenta la creación y funcionamiento de instituciones que aseguren ese fin.

Artículo 61 - De la planificación familiar y la salud materno infantil: el Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y frecuencia del nacimiento de sus hijos y de recibir educación, orientación y servicios adecuados.

Articulo 13 de la Ley 1/92 de la reforma parcial del Código Civil: “Los cónyuges decidirán libre y responsablemente el numero y espaciamiento de sus hijos y tienen derecho a recibir al respecto orientación científica en instituciones estatales”.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Estos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminaciones, coac-

ciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

PLAN NACIONAL DE SALUD REPRODUCTIVA, 1997-2001. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. (PROMULGADOS POR LA FEDERACION INTERNACIONAL DE PLANIFICACION FAMILIAR, IPPF).

1. El derecho a la vida, que significa, entre otras cosas, que la vida de ninguna mujer debe ser puesta en riesgo o en peligro a causa de un embarazo.

2. El derecho a la libertad y la seguridad de la persona, que reconoce que todas las personas tienen el derecho a poder disfrutar y controlar su vida sexual y reproductiva y que ninguna persona deberá estar sujeta a embarazo, esterilización o aborto forzados.

3. El derecho de igualdad, y de estar libres de todas las formas de discriminación, incluso en la vida sexual y reproductiva.

4. El derecho a la privacidad, que significa que todos los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva deberán ser confidenciales y que todas las mujeres tienen el derecho a hacer elecciones autónomas respecto a la procreación.

5. El derecho a la libertad de pensamiento, que significa que todas las personas tienen el derecho a estar libres de la interpretación restrictiva de textos religiosos, creencias, filosofías y costumbres como instrumentos para limitar la libertad de pensamiento en materias de atención de salud sexual y reproductiva y otros asuntos.

6. El derecho a información y educación, en cuanto concierne a la salud sexual y reproductiva y para asegurar la salud y el bienestar de las personas y las familias.

7. El derecho a optar por contraer matrimonio o no y a formar y planear una familia.

8. El derecho a decidir tener hijos o no tenerlos, o cuándo tenerlos.

9. El derecho a la atención de la salud de calidad, y la protección de la salud, que incluye los derechos de la población a: atención por proveedor capacitado, información, acceso, elección, seguridad, privacidad, confidencialidad, trato digno, confort, continuidad y opinión.

10. El derecho a los beneficios del progreso científico, que incluye el reconocimiento de que todos los usuarios /as de salud sexual y reproductiva tienen el derecho de acceso a todas las nuevas tecnologías que sean seguras y aceptables.

11. El derecho a la libertad de reunión y a la participación política, entendiendo por participación, entre otras cosas, que toda persona tiene dere-

cho a tratar de influir a los gobiernos para otorgar prioridad a la salud y los derechos en materias de sexualidad y reproducción.

12. El derecho a no ser sometido a torturas y maltrato, incluso los derechos de los niños a la protección contra la explotación y el abuso sexual, y el derecho de todas las personas a la protección contra la violación, la agresión sexual, el abuso sexual y el acoso sexual.

FEDERACION INTERNACIONAL DE PLANIFICACION DE LA FAMILIA (IPPF).

RIESGO REPRODUCTIVO: Es la posibilidad de enfermar o morir que tiene una mujer en ciertas condiciones desfavorables, durante el embarazo, parto o puerperio, como consecuencia del proceso reproductivo. También por estas causas, es posible que su hijo nazca enfermo o muera. El enfoque de riesgo reproductivo se inicia antes de la concepción. FUENTE: UNICEF, OMS, UNESCO, PARA LA VIDA, 1990.

El Código Sanitario, cuando aborda la salud de las personas y la salud familiar, dispone: De la salud de las personas – de la salud familiar.

Art. 14 La salud del grupo familiar es derecho irrenunciable que se reconoce a todos los habitantes del país. El Estado promoverá y realizará las acciones necesarias a favor de la salud familiar.

De la salud de las personas por nacer.

Art. 15 Las personas por nacer tienen el derecho a ser protegidas por el Estado en su vida y salud desde su concepción.

Art. 16 Durante la gestación la protección de la salud comprenderá a la madre y al ser en gestación como unidad biológica.

De la reproducción humana

Art. 18 La reproducción humana debe ser practicada con libertad y responsabilidad protegiendo la salud de la persona desde su concepción.

Art. 19 Corresponde al sector salud bajo la supervisión y control del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social promover, orientar y desarrollar programas de investigación, orientación, educación y servicios médico-sociales dirigidos a la familia y todo lo relacionado con la reproducción humana, vigilando que ellos se lleven a cabo con el debido respeto a los derechos fundamentales del ser humano y la dignidad de la familia.

De la salud de los progenitores y del hijo

Art. 21 Es obligación y derecho de los progenitores el cuidado de su salud y la de su hijo desde el inicio de la gestación.

Art. 22 El Estado por su parte, protegerá y asistirá sanitariamente al niño desde su concepción hasta la mayoría de edad.

Art. 23 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.

El derecho a la atención y protección de la Salud Reproductiva incluye.

1. Atención prenatal, del parto y del puerperio.
2. Prevención y tratamiento de ITS/ SIDA
3. Planificación Familiar
4. Detección precoz y tratamiento del cáncer de cuello uterino y mamas.

La Ley 1600 Contra la violencia doméstica establece en varios artículos las normas de protección para todas las personas que sufran maltratos físicos, psíquicos o sexuales por parte de algunos de los integrantes del grupo familiar.

Art. 3° Asistencia complementaria a las víctimas. “Las víctimas de violencia doméstica tienen derecho a una atención urgente y personalizada por parte de las instituciones de Salud Pública y de la Policía Nacional...”.

Plan Nacional de Atención Integral a la Adolescencia:

Elaborado en el año 1997 en la Dirección General de Salud Familiar con asesoría técnica de la OPS, el MSP y BS promulgó la resolución de aprobación de este plan a través de la Resolución N° 625 de la Secretaría General el 20 de octubre de 1997, implementado durante los años 1997 al 2001 y evaluado el 21 de junio del 2002, en una jornada de evaluación convocada por la Dirección General de Programas de Salud del Ministerio, a través del departamento de Programas de Adolescencia. En el año 2002 la Dirección General de Programas de Salud y el Programa Nacional de Salud Integral de la Adolescencia presenta el Plan Nacional de Salud Integral de la Adolescencia para el quinquenio 2002-2006, este documento tiene como propósito ser

una guía para la planificación de actividades con la población adolescente, teniendo en cuenta su situación de salud y como marco legal el Código de la Niñez y de la Adolescencia con la aprobación de la Ley 1680 por la Cámara de Senadores el 5 de diciembre de 2000 y sancionado por la Cámara de Diputados el 28 de diciembre del 2000.

El país cuenta con una serie de políticas relacionadas con la salud, la creación de empleo, la educación sexual y la incorporación de la mujer a la fuerza laboral entre otras, fundamentadas en las conclusiones de El Cairo y Beijing, con base en la equidad e igualdad entre los sexos y que abarcan nuevos enfoques en educación, capacitación profesional y oportunidad de generación de ingresos, que junto con otras acciones buscan obtener efectos sobre el nivel de vida de las mujeres y las familias. Así, se han elaborado el Plan Nacional de Salud Reproductiva, el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres 1997-2001, el Plan Estratégico de Desarrollo Social, el Plan Estratégico Económico y Social 2001/03 y la Política Nacional de Población 2001 (actualmente en estudio).

La Salud Materno Infantil se desarrolla con el componente de Planificación Familiar oficialmente en el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social desde los años 70 a 1989. Durante 1979 se suspende la provisión de métodos anticonceptivos modernos, sosteniéndose el programa en base a planes educativos y a la implementación del método Billings. Algunas Organizaciones No Gubernamentales, como el Centro Paraguayo de Estudios de Población, CEPEP, implementan sus acciones y servicios con métodos modernos de planificación familiar, permitiendo que la misma se mantenga activa en el país, aunque sin alcanzar una cobertura nacional. En el año 1989 el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social retoma la prestación de servicios con métodos anticonceptivos modernos, como parte del Programa Nacional de Atención Materno Infantil.

Según el Plan Nacional de Salud Reproductiva, Versión Post-Cairo, año 1997-2001, “el proceso de democratización en que se encuentra el país ha logrado generar cambios de importancia en las condiciones políticas y sociales que nos permiten visualizar el estrecho relacionamiento entre el desarrollo económico y el desarrollo social”. “De esta manera la democracia se constituye en el marco jurídico político en donde el sector salud se apoya para desarrollar acciones de mayor impacto, equidad y sostenibilidad”.

INDICADORES DEMOGRAFICOS: “En las últimas cinco décadas la población paraguaya ha experimentado un rápido crecimiento

demográfico".Desde el año 1950 hasta el 2002 la población aumentó más de 4 veces, pasando de 1 millón 300 mil habitantes a 5 millones 500 mil (resultados preliminares del último Censo del 2002, DGEEC, marzo 2003). Según proyecciones de la misma institución se espera que la población del país llegue a los 12 millones 800 mil habitantes en el 2050, es decir, se tendrá un aumento absoluto de aproximadamente 7 millones de habitantes durante el lapso de 48 años. Según las últimas informaciones del Censo 2002 (resultados preliminares), realizado por la DGEEC, actualmente la población urbana representa el 56% de la población total, tras haber sido 50% en 1992, 43% en 1982 y 35% en 1950.La población paraguaya sigue siendo principalmente joven. Según las encuesta EIH 2000-2001, el 50% de la población del país tiene menos de 20 años.

Tasa global de fecundidad: La fecundidad de las mujeres paraguayas, una de las más altas de América del Sur, medida a través de la Tasa Global de Fecundidad, TGF, (número promedio de hijos nacidos vivos que tienen las mujeres al final de su período reproductivo), muestra una tendencia descendente desde principios de los años 50, cuando el promedio era 6,5 hijos por mujer, hasta 4 hijos actualmente (según la proyección correspondiente al periodo 2000-2005) (CEPEP. ENSMI, año 1998).

Tasa Bruta de Natalidad: Los niveles de la Tasa Bruta de Natalidad se mantuvieron altos en los últimos años, registrándose 42 nacimientos por cada mil habitantes entre 1950-1955 hasta llegar a cifras de 31 por mil durante el período 2000-2005. La Tasa Bruta de Mortalidad habría descendido de 11 por mil en 1950-1955 a 5,4 por mil en el período 2000-2005, presentando una tendencia descendente hasta el período 2025-2030, y, a partir de allí se produciría un aumento. (DGEEC. Estimación y Proyección, año 2000-2005).

INDICADORES DE SALUD REPRODUCTIVA: Se presentan a continuación algunos indicadores básicos de salud reproductiva. Uno de ellos, la tasa global de fecundidad, es también un indicador demográfico. Pero se debe recordar que esa alta tasa de fecundidad está también relacionada directamente a la salud reproductiva.

POLITICAS NACIONALES DE SALUD REPRODUCTIVA

El país cuenta con una serie de políticas relacionadas con la salud, la creación de empleo, la educación sexual y la incorporación de la mujer a la fuerza laboral entre otras, fundamentadas en las conclusiones de El Cairo y Beijing, con base en la equidad e igualdad entre los sexos y que abarcan nue-

vos enfoques en educación, capacitación profesional y oportunidad de generación de ingresos, que junto con otras acciones buscan obtener efectos sobre el nivel de vida de las mujeres y las familias. Así, se han elaborado el Plan Nacional de Salud Reproductiva, el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres 1997-2001, el Plan Estratégico de Desarrollo Social, el Plan Estratégico Económico y Social 2001/03 y la Política Nacional de Población 2001 (actualmente en estudio).

La Salud Materno Infantil se desarrolla con el componente de Planificación Familiar oficialmente en el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social desde los años 70 a 1989. Durante 1979 se suspende la provisión de métodos anticonceptivos modernos, sosteniéndose el programa en base a programas educativos y a la implementación del método Billings. Algunas Organizaciones No Gubernamentales, como el Centro Paraguayo de Estudios de Población, CEPEP, implementan sus acciones y servicios con métodos modernos de planificación, permitiendo que la Planificación Familiar se mantenga activa en el país, aunque sin alcanzar una cobertura nacional. Durante el período de 1988 a 1992 el Fondo de las Naciones Unidas (FNUAP) junto con la Organización Panamericana de la Salud (OPS) como agencia ejecutora, fortalecen el Programa Nacional de Salud Familiar implementado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y cuyos objetivos eran:

-Fortalecer el Programa Integral de Salud Materno Infantil en sus aspectos normativos y operativos, mediante su implementación en 18 regiones sanitarias. - Contribuir a implementar la planificación familiar, el control prenatal, la atención del parto institucional y del post parto, el control del crecimiento y desarrollo del niño / a, la detección oportuna del cáncer de cuello uterino y de mama en la mujer.

Con estos proyectos se consiguieron grandes avances sobre todo en el área normativa y de capacitación de los recursos humanos. Se dotó a las unidades del sector salud de anticonceptivos, equipamiento clínico básico, materiales educativos y de información, y material básico para las parteras tradicionales. Se dio apoyo al fortalecimiento y desarrollo del programa de prevención del cáncer de cuello uterino y de mama y al establecimiento de consultorios de citología. En el área de la planificación familiar se incorporaron servicios en 408 establecimientos de salud del total de los 517, cubriendo el 79% en las 16 regiones sanitarias. En 1993 los servicios del MSP y BS tenían un total de 110.000 usuarias activas de planificación familiar (10,4% del total de mujeres en edad fértil), de las cuales 61% usan gestágenos orales, 16%

DIU, 14% condones, 3% cremas vaginales y 6% tabletas vaginales. El Programa de cáncer ginecológico demostró el interés de las mujeres por llegar a los servicios y prevenir el cáncer ginecológico.

En el sector privado el Centro Paraguayo de Estudios de Población (CEPEP), ha cumplido un rol importante en el desarrollo de la planificación familiar en el país, cubriendo los espacios que había dejado el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en el período 1979- 1987 y se constituye en el presente como una de las instituciones más importantes del sector privado en el campo de la salud pública, manteniendo vínculos de colaboración con el Gobierno paraguayo en diferentes líneas de trabajo, incluyendo la salud, educación y la investigación, habiendo sido en 1990 la institución responsable de ejecutar la Encuesta Nacional de Demografía y Salud. En el año 1992 se registró un verdadero logro en el campo de la planificación familiar, que adquirió un rango constitucional al ser incorporado oficialmente en la Constitución Nacional. El artículo 61 establece "el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia de hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia", comprometiéndose el Estado a desarrollar "planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos", y el artículo 55 a través del cual reconoce oficialmente la protección de la Paternidad y Maternidad Responsables asegurando que serán fomentadas las instituciones habilitadas para dichos fines". (Sic: Plan Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar. Paraguay, año 1994)

Fueron analizados los indicadores de salud reproductiva en el Paraguay, las altas tasas de fecundidad en el quinquenio 1995-2000, de 4,4 hijos por mujer; considerada la más alta de América Latina. Este dato unido a la tasa de mortalidad materna de 190 defunciones por 100.000 nacidos vivos, teniendo como causa principal al aborto, dejó claramente demostrada la total desprotección de esta área de vital importancia en la vida de las mujeres, y la necesidad de contar con servicios de salud eficientes y con atención de personal capacitado y competente.

El Plan Nacional de Salud Reproductiva ha sido elaborado en forma conjunta por el MSP y BS y el Consejo Nacional de Salud Reproductiva, creado por Decreto N° 3.197 del 15 de abril de 1994. Está presidido por el Ministro de Salud e integrado por entidades públicas y privadas y organismos de cooperación internacional, como ser Ministerio de Educación y Cultura,

Secretaría de la Mujer, Secretaria Técnica de Planificación, Sanidad Militar y Policial, IPS, Facultades de Medicina, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Fondo de Población de la Naciones Unidas (UNFPA), ONGs, y otros.

De esta manera se establece el "Plan Nacional de Atención Integral a la Niñez", 1997/ 2001; el "Plan Nacional de Atención Integral a la Adolescencia", "Las Políticas Públicas de la Juventud" 1999/2003, la "Política Nacional de Atención a la Salud Integral de la Mujer", las "Perspectivas y Necesidades de Servicios de Salud Sexual y Reproductiva para Hombres", "Normas de Atención del Embarazo, Parto y Puerperio", "Normas y Procedimientos de Atención de las Emergencias Obstétricas", "Normas de Diagnóstico y Tratamiento de las Infecciones de Transmisión Sexual", además de otras normas nacionales de Salud Reproductiva. El 6 de septiembre de 2000 el Consejo Nacional de Salud Reproductiva establece a la Comisión Nacional de Vigilancia Epidemiológica de la Salud y de la Mortalidad Materna, como ente técnico responsable del control epidemiológico de la causas de enfermedad y muerte materna.

El Impacto Social de la Muerte Materna: La menor cobertura y oportunidad del control prenatal y el menor acceso al parto institucional, entre otros, hacen que la mujer más pobre tenga mayor posibilidad de presentar complicaciones en el embarazo, parto o puerperio que pueden poner en peligro su vida. Por otro lado, la falta de conocimientos para el auto-cuidado de la salud hace que la mujer de escaso nivel educativo tenga un nivel de salud inferior al de la mujer de elevado nivel educativo. Analizando el estado civil de las madres fallecidas en el año 2002 se pudo observar que el (40%) eran solteras y una quinta parte de ellas estaban en unión libre (22%). Esto significa que tres de cada cinco de ellas no contaban con una situación legal más protectora para ellas y sus hijos. . Fuente: MSP Y BS Vigilancia Epidemiológica de la Salud y la Mortalidad Materna (VESMM). Informe por lugar de residencia.

Principales Causas de Mortalidad Materna. Casos Registrados de Muertes Maternas

Las principales causas son las hemorragias, la sepsis (infección generalizada), el aborto y la toxemia o eclampsia. La proporción en que estas causas participan de la mortalidad materna varía cada año .De todas estas causas, posiblemente es el aborto el que presenta mayor sub-registro debido a su situación de ilegalidad. Fuente: MSP y BS. Vigilancia Epidemiológica de

la Salud y la Mortalidad Materna (VESMM). Informe por lugar de residencia.

Para el año 2002 los datos preliminares informan de 162 casos de muertes maternas. La evitabilidad de la muerte materna se refiere a las medidas o recursos disponibles en la actualidad y que utilizados apropiada y oportunamente, hubieran evitado la muerte materna que se analiza. La Organización Panamericana de la Salud estima que la evitabilidad está entre 90 al 95 % porque existe la tecnología disponible para ello: sangre, anestesia, antibióticos, principalmente (Guías para la VESMM, Paraguay). Es posible considerar, entonces la evitabilidad en base a:

El diagnóstico,
La pertinencia terapéutica,
La disponibilidad de servicios obstétricos especializados,
La distancia de los servicios,
La disponibilidad de transporte,
Las condiciones sociales de la mujer.

PLANIFICACION FAMILIAR

La planificación familiar es la decisión consciente, libre, responsable e informada del individuo o la pareja acerca del número de hijos que se desea, el momento de tenerlos y el espaciamiento entre ellos. Es un derecho humano y un instrumento de salud. Debe ser considerada como un componente de los servicios integrales de Salud Reproductiva.

Todas las parejas tienen el derecho humano fundamental de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y los medios necesarios para ello, teniendo en cuenta que desde el año 1992, la planificación familiar adquirió rango constitucional, ya que en la Constitución Nacional a través del Artículo 61 establece: “El derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia de hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia”, comprometiéndose el Estado a desarrollar “planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos”; también en el artículo 55, reconoce oficialmente la protección de la Paternidad y Maternidad Responsables.

Los niños tienen derecho a: salud, educación, alimentación, protección, cuidados y AMOR. El ejercicio de este derecho exige que las parejas e individuos tengan en cuenta las responsabilidades y obligaciones hacia los niños que engendran. Es el hecho de espaciar los nacimientos, eligiendo el momento oportuno para cada uno de ellos, utilizando los instrumentos que la ciencia médica pone al alcance de la pareja. No consiste precisamente en limitar el número de la familia, sino elegir el momento preciso para aumentarla conforme a las posibilidades de cada pareja.

BENEFICIOS DE LA PLANIFICACION FAMILIAR PARA LA SALUD DE LA MADRE Y EL NIÑO

– Ayuda a tener los hijos en mejores condiciones de salud, situación económica y social, para así mantener el bienestar de la familia.

– Ayuda a las madres a tener hijos a las edades en que el embarazo es menos peligroso para ellas (18 a 35 años).

– Permite el espaciamiento adecuado de los embarazos para la recuperación de la madre del desgaste del embarazo, parto, puerperio y lactancia y facilitar el cuidado del recién nacido (2 a 3 años).

– Previene los embarazos de sorpresa o indeseados, causa frecuente de la práctica del aborto, primera causa de muerte materna en el país.

– Contribuye a disminuir las enfermedades y muertes causadas por un embarazo, al prevenir los embarazos de riesgo.

– Ayuda a prolongar la lactancia materna y mejorar el cuidado del recién nacido en las primeras etapas de su vida.

DIFERENCIAS ENTRE LOS CONCEPTOS DE LA PLANIFICACION FAMILIAR Y CONTROL DE LA NATALIDAD

PLANIFICACION FAMILIAR

– Es un instrumento demográfico.
– Su objetivo es aumentar o reducir los nacimientos.
– Se ejecuta indiscriminadamente.
– Generalmente es la decisión de un gobierno.
– Es impuesta.
– Es una medida coercitiva.

CONTROL DE LA NATALIDAD

– Es un instrumento de salud.
– Su objetivo es que la madre y los hijos sean saludables.
– Requiere de información, educación y servicios de salud.
– Es una decisión individual o de la pareja.
– Es el ejercicio de un derecho humano.

Uso de Anticonceptivos

"Los dos tercios de las mujeres de cualquier estado civil consideran nocivas a las pastillas y el 54,3% considera lo mismo acerca del DIU. Las opiniones negativas son más frecuentes en Asunción, capital del país que en el Interior (del país), y entre las mujeres de mayor nivel de instrucción. Estas opiniones están relacionadas con la mayor exposición de las mujeres de Asunción y de mayor educación a las campañas contra el DIU y las píldoras que realizan algunos órganos de prensa y algunos organismos de la Iglesia". Se encontró además que "aunque la opinión negativa esté bastante difundida no se trata, en todos los casos, de una convicción que disuada totalmente del uso del método reprobado. El 54,5% de las usuarias de las píldoras cree que estas son dañinas para la salud, pero sin embargo las sigue usando. El 36,8% de las usuarias de DIU cree que estos dispositivos son dañinos; a pesar de ello los usa, mostrando que la intención anticonceptiva es más fuerte que la opinión negativa" (CEPEP. EPF, año 1987).

En la investigación "Perspectivas y Necesidades de Servicios de Salud Reproductiva para Hombres, marzo 2001", realizada a través de la técnica de grupos focales a hombres y mujeres usuarios/ as o no de métodos anticonceptivos se han visto diferencias entre usuarios y no usuarios.

"La actitud ante la anticoncepción es más abierta en los usuarios de condón. Expresan mayor apertura al diálogo y son más participativos en la responsabilidad ante embarazos no deseados e ITS. En cambio, la mayoría de los no usuarios consideran que el tema de la anticoncepción es responsabilidad de la mujer principalmente. También se vieron diferencias de actitud entre los jóvenes: los de poblaciones más tradicionales expresaban, en general, mayor sentido de responsabilidad que los de las grandes ciudades. El varón no acepta el condón de buen grado. Los varones preferirían no usar condones, para no perder la sensibilidad, pero los temores a contraer alguna Infección de Transmisión Sexual (ITS) pueden más y muchos los usan. Un hallazgo importante de esta investigación es que la mayoría de los que se consideran no usuarios se convierten en usuarios cuando se trata de una relación con

riesgo potencial de ITS: fuera del matrimonio, mujer desconocida, etc., por temor al SIDA y a las Infecciones de Transmisión Sexual. El uso de condón fuera del hogar no se relaciona a la prevención de embarazos no deseados, en general. En resumen, frecuentemente el varón "no usuario", usa con sus parejas ocasionales el preservativo, no así con la que es estable, lo que los convierte en usuarios ocasionales".

DISPONIBILIDAD, ACCESO Y USO DE LOS SERVICIOS DE PLANIFICACION FAMILIAR La Política Nacional de Atención a la Salud Integral de la Mujer, aprobado por Resolución Ministerial N° 412 del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, del 26 de agosto de 1999, incluye la atención integral de la mujer, incluyendo la etapa pos-reproductiva en la cual tiene una alta preponderancia la práctica de los métodos de planificación familiar como uno de los factores a tener en cuenta para la reducción de las altas tasas de mortalidad (MSP y BS. Manual Nacional de Planificación Familiar año 2000). El porcentaje de mujeres que conocen algún método anticonceptivo es de 99,3 % independientemente de su estado civil. Una gran mayoría conoce la píldora (94%), así como el condón (92,9%) y la inyección (92,3%). El DIU es conocido por el 80,7% y la esterilización femenina por el 78,9% de todas las mujeres. Solo un cuarto de ellas conoce la vasectomía y una minoría el norplant (5,4%).

El uso de métodos modernos es de 47,7%. El uso de métodos tradicionales permaneció casi invariable (8,6%) en 1987 a (9,7%) en 1998 (CEPEP ENSMI, año 1998). Mas de un cuarto del total de mujeres en unión que no utilizan métodos y lo desean, no sabe qué anticonceptivo usar. Los tres métodos con mayor posibilidad de demanda a nivel nacional son: la píldora 22%, el DIU 16,2% y la inyección 13,1%.

Conducta sexual de jóvenes y uso de métodos anticonceptivos

De acuerdo a la Encuesta Integrada de Hogares 2000-2001, el porcentaje de adolescentes entre 15 y 19 años que ha tenido embarazos es de 13% para el total del país, siendo esta proporción de 12% y 15%, respectivamente, en el área urbana y rural (DGEEC. EIH, año 2000-2001). El porcentaje de relaciones sexuales premaritales en el Paraguay es uno de los más altos comparados con otros países de la región, inclusive más alto que en Brasil. La proporción de mujeres paraguayas que usan anticonceptivos en su primera relación es igual a Brasil, por debajo de Jamaica y más alta que en los otros países comparados.

Las farmacias son las principales fuentes para la adquisición de píldoras (51,2%), seguido de los Centros y Puestos del Ministerio de Salud Pública (38,3 %) que a su vez es el principal proveedor del DIU (44,3%), casi 40% de las usuarias actuales de este método lo obtiene a través de clínicas o médicos privados y 11,0 % de la demanda del DIU es satisfecha por el CEPEP. Las farmacias también son los principales proveedores de condón (79,1%) y la inyección (84,0%). La demanda por esterilización femenina es satisfecha por el sector público en 41,2% y en 46,2% por el sector privado. (CEPEP. ENSMI, año 1998).

Necesidad de servicios de planificación familiar: Para el total del país la proporción de todas las mujeres de 15 a 44 años que necesitan servicios de planificación familiar es de 11.3 %. La necesidad de servicios en áreas rurales es el doble (17,6%) de la necesidad en áreas urbanas (6,2%). A nivel nacional la necesidad es mayor entre las mujeres casadas (17,3%), entre las mayores de 25 años de edad (13% y más) y en mujeres sin educación que no habían completado la primaria. Teniendo en cuenta el criterio de necesidad de métodos modernos la necesidad aumenta a 17,6 %. (CEPEP. ENSMI, año 1998).

CLASIFICACION DE METODOS ANTICONCEPTIVOS

METODOS ANTICONCEPTIVOS TEMPORALES:
METODOS TRADICIONALES:

- Método del ritmo o de Ogino Knaus.
- Método de Billing o de la Ovulación.
- Método de la Lactancia Materna (MELA).
- Método de la Temperatura.
- Método del retiro (Coito Interrumpido).

METODOS MODERNOS:

1. Barrera: condón, diafragma, espermicidas, tapón vaginal.
2. Hormonales:

- orales
- inyectables

Orales: a.-combinados:
• mensuales (AO): Lofemenal.
• de emergencia(Pae).

b.-de una sola hormona: Exluton, Ovrette.
Inyectables: a) combinados: • Mensuales: Cyclofen, Mesigyna.
b) de una sola hormona: Trimestrales: Depoprovera.

DISPOSITIVO INTRAUTERINO: DIU
METODOS ANTICONCEPTIVOS DEFINITIVOS:

• Ligadura de trompas (AQV).
• Vasectomía en el hombre (AQV).

VIOLENCIA DOMESTICA (*)

Por Clara Rosa Gagliardone Rivarola

Si el Estado no se compromete, no hay niñez, hay víctimas
(Eva Giberti)

1. INTRODUCCION

En concordancia con los artículos 4 de la Constitución Nacional que dice que "TODA PERSONA SERA PROTEGIDA POR EL ESTADO EN SU INTEGRIDAD FISICA Y SIQUICA"; el 9 "TODA PERSONA TIENE DERECHO A SER PROTEGIDA EN SU LIBERTAD Y EN SU SEGURIDAD", y en cumplimiento del Preámbulo que reconoce "LA DIGNIDAD HUMANA CON EL FIN DE ASEGURAR LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA", el articulo 60 de nuestra Carta Magna dice: DE LA PROTECCIÒN CONTRA LA VIOLENCIA. "EL ESTADO PROMOVERA POLITICAS QUE TENGAN POR OBJETO EVITAR LA VIOLENCIA EN EL AMBITO FAMILIAR Y OTRAS CAUSAS QUE ATENTEN CONTRA SU SEGURIDAD".

Al garantizar el Estado la integridad física y síquica, la libertad y la seguridad de las personas, no discrimina el ámbito de protección, por lo que está legitimada a invadir el ámbito familiar y doméstico, impensable e inviolable por siglos. Intenta romper - porque en realidad hasta ahora no lo consiguió en forma efectiva- la práctica de la impunidad familiar.

La antigua atribución del pater familia de disponer de la vida de la mujer y de los hijos, es remplazada por el actual poder del Estado de amparar la vida, integridad físico-psíquica y personalidad de los integrantes de la familia, derechos humanos estos que corresponden a todo ciudadano en un Estado de derecho". (Grosman, Mesterman, Adamo. Violencia en la familia.)

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

La Ley 1600/00 CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA es la herramienta legal de protección de las victimas contra el prejuicio sobre el derecho a la impunidad en la familia. Sin embargo, a casi tres años de su promulgación, de algunos responsables de la aplicación de la ley, que se trasunta en el manejo de las denuncias, están convencidos que la violencia doméstica es un problema privado, y que se arregla dentro de la familia, negando la protección y discriminando por sexo, género y edad.

No en balde Albert Einstein dijo alguna vez que “es más difícil vencer un preconcepto que dividir el átomo”.

Nadie duda de la obligación del Estado de traspasar la barrera de la intimidad familiar cuando se cometen delitos muy graves como asesinatos, homicidios o abusos sexuales. Pero la violencia dentro de la familia como maltrato físico, síquico o sexual dirigido a cualquiera de sus miembros, práctica cotidiana en el 50 por ciento de los hogares y estudiada ampliamente desde hace unos 30 años, desembocó en las leyes contra la violencia intrafamiliar, familiar o doméstica dictadas en América Latina, antes o luego de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer del mes de junio de 1995.

Pese a la claridad del artículo 60 de la Constitución y de la ley 1600/00, muchos jueces y juezas de paz son reticentes al recibir las denuncias, dudan de las intenciones de la víctima, y no actúan con la celeridad requerida en los casos de violencia sin lesiones físicas graves y visibles.

Un problema para denunciar los hechos de violencia doméstica -que tiene su explicación más aceptada en el desequilibrio de poder dentro de la familia- es el miedo de las personas abusadas, y la explicación y justificación de las víctimas que se sienten culpables.

Es muy importante señalar que los problemas que acarrea la violencia son evitables porque la generación de los hechos tiene que ver con la voluntad de las personas. Podemos y debemos impedir los perjuicios de la violencia.

Hablamos hoy de DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS porque ratificamos la Convención de los Derechos de la Infancia, tenemos una nueva Constitución Nacional desde 1992, modificamos ese mismo año el Código Civil y se reconoce la igualdad entre los sexos, promulgamos la ley Contra la Violencia Doméstica y contamos con un nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia.

Estas conquistas jurídicas son importantísimas, ya que fueron elaboradas desde el reconocimiento de los Derechos Humanos, herramienta indispensable para hacer posible entre los ciudadanos y ciudadanas una sociedad más justa, solidaria, y libre. En otras palabras una sociedad democrática.

Pero, no debemos sólo felicitarnos ante estos logros. Esas leyes nos obligan a una nueva mirada, a un enfoque diferente que debemos estudiar, aprender y especialmente comprender. Nuestro desafío es darle vida a esos nuevos derechos, imposibles de imaginar hace unas décadas, cuando era estudiante de derecho hace más de 30 años.

El Poder Judicial ante cada expediente puede y debe contribuir a la vigencia de todos los principios constitucionales, en especial cuando existen niños, niñas o adolescentes, aunque solo fueran testigos de la violencia. Ese ambiente les provoca angustia, temor, inseguridad entre otros problemas sicológicos, y de ese modo hacer vigente en cada resolución el artículo 54 de la C.N. que dice: "LA FAMILIA, LA SOCIEDAD Y EL ESTADO TIENEN LA OBLIGACION DE GARANTIZAR AL NIÑO SU DESARROLLO ARMONICO E INTEGRAL, ASI COMO EL EJERCICIO PLENO DE SUS DERECHOS, PROTEGIENDOLO CONTRA EL ABANDONO, LA DESNUTRICION, LA VIOLENCIA, EL ABUSO, EL TRAFICO Y LA EXPLOTACION".

2. DEFINICION DE MALTRATO INFANTIL

El cuarto coloquio de Criminología del Consejo Europeo define el maltrato infantil como: "LOS ACTOS Y LAS CARENCIAS QUE PERTURBAN GRAVEMENTE AL NIÑO, ATENTAN CONTRA SU INTEGRIDAD CORPORAL, SU DESARROLLO FISICO, AFECTIVO, INTELECTUAL, Y CUYAS MANIFESTACIONES SON EL DESCUIDO Y/O LESIONES DE ORDEN FISICO Y/O PSIQUICO, Y/O SEXUAL POR PARTE DE UN FAMILIAR U OTRAS PERSONAS QUE CUIDAN DEL NIÑO".

La práctica del maltrato infantil, al igual que el maltrato a las mujeres, está registrada en la historia en forma natural: Infanticidios de recién nacidos con malformaciones o en razón de sexo, ofrendas de vida de adolescentes, el derecho a pernada, el incesto, la mutilación genital femenina, la esclavitud laboral o sexual de niños y niñas entre otras costumbres, algunas de ellas con plena vigencia.

Los números son fríos e impersonales, pero la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó que en el año 2000, murieron 520.000 personas

(la población total de Asunción) a raíz de violencia doméstica, la mayoría mujeres. También 57.000 niños por la misma causa.

Las investigaciones sobre maltrato infantil son recientes en el mundo. En Paraguay la única investigación pertenece a Josceline Betancourt, con datos de los años 1998 y hasta junio de 1999, publicada por la organización Base Educativa y Comunitaria de Apoyo (BECA), Red Nacional de Atención al Maltrato Infantil (REDNAMI) y UNICEF.

Año 1998
casos registrados:

1.535
Mujeres: 798
Varones: 560
no registra: 197
De enero a junio de 1999

total registrado 713
Niñas: 64%
Niños: 36%

Por sexo:

mujeres 384
varones 219
n/r 110

La frecuencia registrada del maltrato infantil deja sin sustento una verdad universal poco cuestionada hasta ahora “El hogar es el lugar más seguro para los niños y niñas”.

Señalamos especialmente que el reconocimiento constitucional de derechos y garantías para la infancia no es suficiente. Mientras nuestra mentalidad no los considere SUJETOS DE DERECHOS es imposible el respeto hacia ellos. Y las leyes servirán sólo para hacer alarde de su existencia formal.

3. LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

La revolución que significa la doctrina de la Protección Integral para los niños, niñas y adolescentes por medio de la Ley Nº 1680/2001 “Código de

la Niñez y la Adolescencia", implica el reconocimiento de derechos fundamentales para los niños y niñas, opuestos a nuestras costumbres y educación, ya que hasta hace unos años se mantuvo una sincronización perfecta entre lo legal y lo aceptado socialmente.

La justificación de nuestra pobreza que se traduce en falta de recursos para la inversión en salud y educación indican que la inequidad seguirá golpeando en forma grave a las niñas, niños y jóvenes como lo señalan los documentos internacionales.

A ello se suma la violencia institucional de falta de acceso a la justicia en la aplicación de la Ley 1600/00 Contra la violencia doméstica. Algunos profesionales del derecho sostienen que viola el derecho a la intimidad, que en el artículo 33 dice: "LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, ASI COMO EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA, SON INVIOLABLES".

Es una lectura interesada, ya que omiten la última parte del mismo artículo que dice "LA CONDUCTA DE LAS PERSONAS, EN TANTO NO AFECTE AL ORDEN PUBLICO ESTABLECIDO EN LA LEY O A LOS DERECHOS DE TERCEROS".

La violencia doméstica afecta derechos de la víctima. No corresponde en su aplicación, una interpretación violatoria de derechos humanos. No es necesaria la certeza o convicción, siendo suficiente el riesgo, ya que cualquier medida de protección urgente es temporal. Con una interpretación diferente, los derechos fundamentales de todas las personas en el ámbito doméstico quedarán al capricho del más fuerte, justamente lo que se pretende evitar.

La Convención de los Derechos del Niño, Ley 57/90 recuerda que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. El artículo 2.2 dice: "LOS ESTADOS PARTES TOMARAN TODAS LAS MEDIDAS APROPIADAS PARA GARANTIZAR QUE EL NIÑO SE VEA PROTEGIDO CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACION O CASTIGO POR CAUSA DE LA CONDICION, LAS ACTIVIDADES, LAS OPINIONES EXPRESADAS O LAS CREENCIAS DE SUS PADRES, SUS TUTORES O DE SUS FAMILIARES".

Paraguay, en cumplimiento del artículo 19, se obligó a adoptar "TODAS LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS, ADMINISTRATIVAS, SOCIALES Y EDUCATIVAS, APROPIADAS PARA PROTEGER AL NIÑO CONTRA TODA FORMA DE PERJUICIO O ABUSO FISICO O MENTAL, DESCUI-

DO O TRATO NEGLIGENTE, MALOS TRATOS O EXPLOTACION, INCLUIDO EL ABUSO SEXUAL, MIENTRAS EL NIÑO SE ENCUENTRE BAJO LA CUSTODIA DE LOS PADRES, DE UN REPRESENTANTE LEGAL O DE CUALQUIER OTRA PERSONA QUE LO TENGA A SU CARGO".

La Ley Nº 1600/00 pretende beneficiar a los niños, niñas y adolescentes. Forma parte de un nuevo derecho, que intenta desmitificar una verdad inmutable, -la impunidad de la agresión desde el poder doméstico- pero tropieza muchas veces con la concepción de la familia que tiene el operador judicial, que puede frustrar el derecho y violar su juramento de cumplir en primer lugar la Constitución.

La condición de la mujer y de los hijos está basada en la desigualdad y discriminación en la vida cotidiana, en especial en el espacio doméstico, donde se palpa esa diferencia en la distribución de las obligaciones hogareñas. Para las mayoría de las personas, varones o mujeres los roles son "naturales por biología". Estos conceptos deben ser reemplazados por los principios de dignidad, igualdad, integridad, libertad y seguridad.

Reconocemos que el éxito o el fracaso de una ley está en las manos de quienes la aplican. La interpretación y la aplicación cotidiana de la mejor ley del mundo, se convierte en letra muerta, en manos de una persona sin valor, sin conocimiento, que aplica la ley en forma automática, y sin compromiso hacia el imperativo constitucional y de los principios de derechos humanos.

Las mujeres y varones, Juezas y Jueces de Paz, representantes del Poder Judicial hasta en el último rincón de la República, con atribuciones de inmiscuirse dentro de la intimidad de las familias, están imbuidos de ideología, de tradiciones, de costumbres, y hasta de los mitos que quizás les indiquen que la violencia dentro del hogar "es un tema doméstico"; que ya "arreglará la pareja", que "algo hizo" o lo peor "seguro que le gusta por eso aguanta".

Tenemos la obligación de desatar los nudos de las costumbres y de los prejuicios que nos hacen confundir el modelo familia con la realidad familia. No debemos cansarnos de repetir e intentar hacer comprender que NO HAY FAMILIA SI EXISTE VIOLENCIA O ABUSO. Si uno solo de los miembros convivientes carece de SEGURIDAD Y SE SIENTE AMENAZADO, todo el grupo familiar necesita protección.

La violencia institucional desde los operadores de la justicia al negarse a recibir las denuncias "por recargo de trabajo", al no recibir las denuncias personalmente, al responder en forma indiferente o desinteresada en el caso concreto, frustran el derecho de las víctimas y aumenta el descreimiento en la Justicia.

La mala atención o la desatención en la Policía o los Juzgados de Paz ante la denuncia de violencia doméstica, dificulta una próxima denuncia, y se crea una víctima para siempre, que se siente huérfana de todo apoyo institucional. Es largo aún el camino para que se reconozca la violencia como un problema político, con graves consecuencias en todos los aspectos de la vida, y que necesita un reproche social y legal.

La sociedad maneja mirando el espejo retrovisor y sin ver para adelante, y califica lo nuevo como caos. Es el temor al cambio, a lo desconocido. Muchas personas con miradas viejas, en el mal sentido de la palabra, están entre quienes deben garantizar los derechos de las personas de menos de 18 años.

LEY 1600/00 "CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA"

Dictada en cumplimiento de compromisos asumidos por convenciones internacionales que nos obligan a adoptar medidas legislativas, educativas, administrativas, de modificación de patrones socio-culturales y todo lo que fuera necesario para la vigencia de los derechos humanos.

Es una ley especial de fondo y de forma, contenida en 10 artículos, dotada de un procedimiento simple y con plazos muy breves, que busca garantizar la protección legal para cualquier persona que sufra violencia dentro del ámbito doméstico. Es una ley civil que no tiene sanciones para el denunciado.

La celeridad procesal de sus trámites le excusa de la formalidad de un juicio ordinario, respondiendo a la finalidad de respuesta concreta de protección de las garantías constitucionales. Ante la denuncia verosímil, supone la respuesta inmediata a la pretensión.

El bien jurídico protegido es la integridad física y psíquica de las personas, artículos 4 y 9 de la Constitución Nacional, integrantes del grupo familiar, cuando el denunciado forma parte o formó parte del grupo doméstico. Incluye a los novios o parejas.

La violencia no está definida. Otorga a los Jueces de Paz facultades discrecionales que pueden ser arbitrarias, especialmente para no aplicar la ley, al tener que interpretar la existencia o no de la violencia, guiados por su cultura.

Es interesante señalar que la jurisprudencia argentina en forma reiterada considera que la sospecha de maltrato ante la evidencia física o síquica que presenta el maltratado, da suficiente grado de certeza para que el magistrado ordene las medidas cautelares.

La Policía Nacional y los Centros de Salud, o cualquier oficina del sistema de salud, están obligados a recibir y registrar las denuncias de violencia doméstica, para evitar "la ruta crítica de la revictimización".

El artículo 8 dice que se aplicará el Código Procesal Civil en forma supletoria, "SIEMPRE QUE NO SE PRIVE DE EFICACIA, CELERIDAD Y ECONOMIA PROCESAL A LAS ACTUACIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY". Interpreto que están admitidas así las testificales de todos los parientes, incluidos ascendientes y descendientes, únicos testigos de la violencia doméstica, dentro de la eficacia.

En caso de la existencia de hechos punibles de acción penal pública, el juzgado está obligado a remitir compulsas al Ministerio Público.

Es obligación de los Jueces y Juezas de Paz recibir TODAS las denuncias, al igual que los responsables de la Policía Nacional, y los Centros de Salud, haya o no lesiones visibles, ya que la ley contempla además de las lesiones y el maltrato físico, la violencia psíquica y la sexual, que generalmente es invisible.

ARTICULO 1º. ALCANCE Y BIENES PROTEGIDOS.

"Esta ley establece las normas de protección para toda persona que sufra lesiones, maltratos físicos, psíquicos o sexuales por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar, que comprende el originado por el parentesco, en el matrimonio o unión de hecho, aunque hubiese cesado la convivencia; asimismo, en el supuesto de parejas no convivientes y los hijos, sean o no comunes.

Todo afectado podrá denunciar estos hechos ante el Juez de Paz del lugar, en forma oral o escrita, a fin de obtener medidas de protección para su

seguridad personal o la de su familia. Las actuaciones serán gratuitas. En los casos en que la persona afectada no estuviese en condiciones de realizar la denuncia por si misma, lo podrán hacer los parientes o quienes tengan conocimiento del hecho. En los casos en que la denuncia se efectuara ante la Policía Nacional o en los centros de salud, la misma será remitida al Juez de Paz en forma inmediata".

"Esta ley establece las normas de protección para toda persona que sufra lesiones, maltratos físicos, psíquicos o sexuales".

El criterio de interpretación está dado por el artículo 54 De la Protección al Niño y el Art. 60 de la Protección contra la violencia, de la Constitución, concordantes con el artículo 1° de la Ley 605/95 de la Convención de Belén do Para y por el articulo 19 de la Convención de los Derechos de la Infancia.

Está demostrado que el silencio sobre el primer pellizco, paliza o tirón de pelo, o de cualquier forma de abuso hacia los niños, niñas y adolescentes significa para el agresor o agresora la aceptación de la violencia, y es la antesala de posteriores abusos.

Algunas legislaciones definen qué hechos se entienden como violencia doméstica, en forma enunciativa y no restrictiva y la interpretación debe estar libre de cualquier prejuicio y discriminación. La jurisprudencia de otros países indica que una palabra subida de tono una vez, o inclusive golpes leves para una persona de capacidad plena, no constituye violencia doméstica, al igual que una palmada ocasional y sin lastimar a un niño o niña. Sin embargo se convierte en violencia familiar si el hecho es frecuente. O una sola vez, si es grave.

La protección estará dada por el Juzgado. La ley aplicada en forma rápida y efectiva está en condiciones de preservar a la persona afectada de posteriores daños físicos y psíquicos por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar, que comprende el originado por el parentesco, en el matrimonio o unión de hecho, aunque hubiese cesado la convivencia; asimismo, en el supuesto de parejas no convivientes y los hijos, sean o no comunes.

El concepto de familia ha cambiado en el siglo XX. Ya no se refiere a la familia nuclear de padre, madre, hijos e hijas. Conocemos y aceptamos familias ensambladas, extendidas, homosexuales, además de parejas sin convivencia pero con estabilidad afectiva. Todos estos tipos de familia han existi-

do siempre, la diferencia es que hoy están socialmente aceptadas y en algunos casos con derechos reconocidos.

Creo que esta lista no es restrictiva, ya que conozco casos en que la ley se aplicó a novios o amigovios, como lo viene haciendo la jurisprudencia extranjera en forma unánime por ser una llave de solución de protección urgente.

Todo afectado podrá denunciar estos hechos ante el Juez de Paz del lugar, en forma oral o escrita a fin de obtener medidas de protección para su seguridad personal o la de su familia.

La denuncia oral o escrita, no requiere el patrocinio de un profesional del derecho, imposible de obtener en casos de urgencia y en muchos pueblos del interior del país.

Las actuaciones serán gratuitas.

En la discusión legislativa de la ley, fue un punto innegociable. El pago de cualquier suma, por mas ínfima que fuera, dejaba de lado la posibilidad de siquiera intentar acceder a la justicia de gran parte de la población. Tiene problemas en la práctica, por la escasez de recursos de los juzgados de paz y de la policía.

En los casos en que la persona afectada no estuviese en condiciones de realizar la denuncia por si misma, lo podrán hacer los parientes o quienes tengan conocimiento del hecho.

Permite la denuncia de la víctima, de otros miembros del grupo familiar o de cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos de violencia. En caso de la denuncia de un tercero, debe llamarse a la víctima con capacidad plena a ratificarse.

Cuando la violencia es ejercida por personas tuteladas por el Código de la Niñez y la Adolescencia, el articulo 5 De la obligación de denunciar dice que “TODA PERSONA QUE TENGA CONOCIMIENTO DE UNA VIOLACION DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS DEL NIÑO O ADOLESCENTE, DEBE COMUNICARLO INMEDIATAMENTE A LA CONSEJERIA MUNICIPAL POR LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE (CODENI) O, EN SU DEFECTO AL MINISTERIO PUBLICO O AL DEFENSOR PUBLICO.

EL DEBER DE DENUNCIAR INCUMBE EN ESPECIAL A LAS PERSONAS QUE EN SU CALIDAD DE TRABAJADORES DE LA SALUD, EDUCADORES, DOCENTES O DE PROFESIONALES DE OTRA ESPECILIADAD DESEMPEÑAN TAREAS DE GUARDA COMO EDUCACION O ATENCION DE NIÑOS O ADOLESCENTES".

Ante los hechos, cuando no existiere Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, el Juez de Paz de la localidad recibirá la denuncia, ordenará las medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio, (Art. 70 CNA) con la obligación de remitir al Juez competente en el plazo de 48 horas todo lo actuado.

En caso de que los hechos fueran silenciados, los responsables deben ser acusados ante la Fiscalía correspondiente, por el hecho punible tipificado en el artículo 117 Omisión de auxilio, 119 Abandono ó 226 Violación del deber de cuidado o educación, atendiendo a cada circunstancia.

En los casos en que la denuncia se efectuara ante la Policía Nacional o en los centros de salud, la misma será remitida al Juez de Paz en forma inmediata.

La Policía Nacional recibe la mayoría de las denuncias de Violencia Doméstica, y al estar tipificado como delito en el Código Penal, artículo 229 Violencia Familiar, exigiendo tres condiciones: convivencia, violencia física y habitual, remiten generalmente las denuncias al Ministerio Público, donde son en forma mayoritaria "olvidadas" ya que los Fiscales piensan que al ser la multa la única penalización, al final es un castigo a quien denuncia, al incidir sobre los ingresos del grupo familiar.

La policía es la principal receptora de las denuncias, al estar en servicio las 24 horas.

Luego, con una copia de la denuncia, las víctimas acuden al Juzgado. La jurisprudencia extranjera es unánime en aplicar medidas de protección cuando existen niños, niñas o adolescentes en la familia, cuyo interés prevalece sobre cualquier aspecto procesal.

LA ENCUESTA NACIONAL SOBRE VIOLENCIA DOMESTICA

La Encuesta Nacional sobre Violencia Doméstica e Infrafamiliar publicada en el mes de julio del 2003, por el Centro de Documentación y Estudio (CDE) aplicada en octubre del 2001 indica que el 67% de los entrevistados

piensa que la violencia es un problema privado y se arregla en la familia, y sólo el 18 % percibe que debe acudir a la justicia.

El 28 % de las personas entrevistadas cree que el castigo físico a los niños y niñas "ayuda" a educarlos y el 75 % no denuncia por miedo a las represalias.

CONCLUSIONES

Tenemos la llave para luchar en forma efectiva contra la violencia doméstica. Debemos esperar el compromiso de capacitación de todas las personas que deben dar las respuestas ante la angustia y el temor. Y que tengan el valor de aplicar la ley, inclusive en contra de sus creencias.

MENSAJE DE UN NIÑO

Ayúdame a crecer,
A caminar por la vida,
No me mientas,
No me uses,
No me adules,
No me presiones,
No me agredas,
No hables de odio,
Tampoco de violencia,
No me prepares para la guerra,
Edúcame para la paz,
No me abandones,
Acércame una esperanza.
Respétame, respétame siempre.
Y no dejes escapar al NIÑO
Que aún sigue viviendo en ti.

Orlando Hermosilla.

VIOLENCIA DOMESTICA "VULNERACION DE DERECHOS Y GARANTIAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES" (*)

Por Silvia Beatriz López Safi (**)

El niño para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

1. PRELIMINAR

Por Ley No. 1.600/2000, promulgada en fecha 6 de octubre, se ha puesto en vigencia en la República del Paraguay la "Ley contra la Violencia Doméstica", que establece normas de protección para toda persona que sufra lesiones, maltratos físicos, psíquicos o sexuales por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar, que comprende el originado por el parentesco, en el matrimonio o unión de hecho, aunque hubiese cesado la convivencia; asimismo, en el supuesto de parejas no convivientes y los hijos, sean o no comunes.

El propósito de esta ponencia es evidenciar la incidencia de los hechos de violencia doméstica en sus múltiples formas de manifestación, física, psíquica o sexual, en niños, niñas y adolescentes; situación contemplada en cuan-

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Abogada. Notaria y Escribana Pública. Jueza de Paz en lo Civil, Comercial y Laboral del Distrito de La Encarnación. Docente universitaria en las Cátedras Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Derechos de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) y en las Cátedras Derecho Procesal Civil I y Derechos de la Niñez y la Adolescencia de la Universidad Americana. Doctoranda por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla (España).

to a los sujetos de nuestro estudio, en general, ab initio, en el Art. 1º de la citada Ley No. 1.600/2000, y en forma específica en la última parte del párrafo primero del referido Art. 1º.

En efecto, la referencia de la norma hacia los sujetos aludidos, niños, niñas y adolescentes, es general al enunciar que la protección se establece "para toda persona", y es específica al mencionar a dichos sujetos (niños, niñas y adolescentes) en su carácter de hijos, sean o no comunes.

Nos parece importante realizar esta aclaración previa, pues constituye un elemento fundamental en toda aplicación normativa la determinación de los sujetos a quienes la norma comprende. De ello dependerá su alcance, y en consecuencia podremos definir su completitud o falencia, considerando que en caso de omisiones será necesario llenar el vacío, de manera a lograr la efectiva aplicación de la norma y con ello la eficacia en esta actividad técnica de aplicación.

Haciendo una deducción lógica a la luz de los argumentos esgrimidos, parecería al decir de la disposición en estudio, que sólo los hijos, sean o no comunes, pueden verse beneficiados con la protección contemplada en la Ley No. 1.600/2000. Sin embargo, valiéndonos de lo expresado en párrafos precedentes, podemos colegir que a más de éstos, también pueden ampararse en ella, niños, niñas y adolescentes que no estén comprendidos en la categoría de hijos del seno familiar; lo que adquiere fundamental importancia considerando que también son víctimas de violencia doméstica los llamados "criaditos" o "criaditas", que se encuentran inmersos en general en una relación de tipo laboral, con la familia con la que conviven.

Hechas estas puntualizaciones, estamos ya en condiciones de discurrir en los aspectos de fondo y forma de la citada Ley No. 1.600/2000 y su incidencia en los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes, en concordancia con la Carta Fundamental, los instrumentos internacionales y las leyes que hacen a la materia, en especial la Ley No. 1.680/2001 – Código de la Niñez y la Adolescencia.

2. FORMAS DE VIOLENCIA. ALCANCES TERMINOLOGICOS

A fin de una mejor comprensión del tema, partimos de los alcances terminológicos, abordando las definiciones esbozadas por el Dr. Jesús Arina, para quien la violencia doméstica no siempre resulta fácil de definir o reconocer. En términos generales podríamos designarla como el uso deliberado

de la fuerza para controlar o manipular a la pareja o a la prole. Se trata del abuso psicológico, sexual o físico habitual. Sucede en general entre personas relacionadas afectivamente, como son los esposos, concubinos, o parejas en general, sean o no convivientes, como también por parte de los adultos contra los niños, niñas y adolescentes que viven en un mismo hogar.

La violencia doméstica, por tanto, no es solamente el abuso físico, los golpes, o las heridas. Manifiesta el citado autor, que son aún más terribles la violencia psicológica y la sexual por el trauma que causan, que la violencia física, que es más fácil de ver. Hay violencia así cuando se ataca la integridad emocional o espiritual de una persona.

Las más de las veces la violencia física, la más evidente, es precedida por un patrón de abuso psicológico, que es usado sistemáticamente para degradar a la víctima, para erosionar y aplastar la auto-estima de la persona agraviada.

La violencia psicológica se detecta con mayor dificultad. Quien ha sufrido violencia física tiene huellas visibles y puede lograr ayuda más fácilmente. Sin embargo, a la víctima que lleva cicatrices en la psiquis o en el alma le resulta más difícil obtener compasión y ayuda. Es importante señalar que también lo dificulta, por ejemplo, la habilidad manipuladora de un esposo que presenta a su esposa como exagerada en sus quejas.

La violencia psicológica es también despreciar a la mujer, insultarla de tal manera, que llega un momento en que esa mujer maltratada psicológicamente, ya cree que esos golpes se los merece. Y qué difícil es convencer a una mujer que vaya a pedir auxilio cuando cree que no lo necesita.

Por otra parte, hay mujeres que se avergüenzan por lo que les sucede y que hasta se creen merecedoras de los abusos. Por eso prefieren mantenerlos en secreto y así esa situación puede prolongarse durante años. Los que maltratan a sus víctimas lo hacen de acuerdo a un patrón de abuso psicológico.

El que golpea a una mujer o la maltrata psicológica o sexualmente, lo primero que hará es negarlo. O bien, tratará de argumentar que existe razón para los actos de maltrato.

Otra forma de abuso psicológico es el aislamiento, haciendo el vacío a la víctima, sin hablarle, sin mirarle, y ella se siente sola y abandonada, habiendo en no pocas ocasiones, perdido toda esperanza.

La intimidación, la amenaza, son también formas de violencia. Muchas de las víctimas no se atreven a hablar, por las amenazas que sus agresores lanzan contra ellas. La mujer víctima que piensa que esa situación va a mejorar, diciéndose a ella misma que debe tener paciencia, sólo se engaña. Con esa actitud sumisa alienta al abusador a que continúe igual o peor.

Otro tipo dentro de ese patrón de abuso psicológico es echarle la culpa a la víctima. Dentro de este tipo de abuso, está el de utilizar a los hijos para hacerles sentir culpables a las esposas. En este caso los hijos sirven de mensajeros: "dile a tu madre que...".

También dentro de ese hábito de abuso psicológico está el abuso económico, bajo amenaza de privar a la agraviada de una mensualidad o de alimentos, lo que incide en toda la familia. Así en los hijos que pasan por estados de necesidad, cuando el compañero por ej., priva a la víctima de satisfacer sus necesidades básicas y la de sus hijos.

Las amenazas a través de los hijos, las amenazas a las madres que le van a quitar al hijo, constituyen abusos psicológicos que preceden al abuso físico. De esta manera, existe una violencia frecuente en las familias de divorciados, que es la de utilizar a los hijos como campo de batalla para dirimir sus odios, resentimientos o incapacidad de dialogar como adultos. Se abusa de los hijos cuando uno de los padres les habla mal del otro o cuando les obligan a llevar mensajes de frustración y culpabilidad entre sus padres. Con eso todos se hacen daño, pero el más afectado suele ser el mensajero.

Siguiendo al Dr. Jesús Arina, encontramos como manifestaciones de violencia psicológica las siguientes:

a) Abuso verbal: Rebajar, insultar, ridiculizar, humillar, utilizar juegos mentales e ironías para confundir, etc.
b) Intimidación: Asustar con miradas, gestos o gritos. Arrojar objetos o destrozar la propiedad.
c) Amenazas: De herir, matar, suicidarse, llevarse a los niños.
d) Abuso económico: Control abusivo de finanzas, recompensas o castigos monetarios, impedirle trabajar aunque sea necesario para el sostén de la familia, etc.
e) Abuso sexual: Imposición del uso de anticonceptivos, presiones para abortar, menosprecio sexual, imposición de relaciones sexuales contra la propia voluntad o contrarias a la naturaleza.

f) Aislamiento: Control abusivo de la vida del otro, mediante vigilancia de sus actos y movimientos, escucha de sus conversaciones, impedimento de cultivar amistades, etc.

g) Desprecio: Tratar al otro como inferior, tomar las decisiones importantes sin consultar al otro.

Encontramos estas mismas aplicaciones terminológicas en el campo concerniente exclusivamente a la niñez y a la adolescencia, con las particularidades propias de los sujetos inmersos en los hechos de violencia y sus diversas manifestaciones, para lo cual nos hemos servido de la definición de abuso y negligencia dada por la Legislación tanto Federal como Estatal de los Estados Unidos de Norteamérica.

¿COMO SE DEFINE EL ABUSO Y LA NEGLIGENCIA DE "MENORES" SEGUN LA REFERIDA LEY?

La Ley Federal de Prevención y Tratamiento del Abuso de Menores (CAPTA), provee las siguientes definiciones:

Un niño es una persona que no ha alcanzado:

- La edad de 18 años; o
- Con excepción de casos de abuso sexual, la edad especificada por la ley de protección de menores en el Estado donde el niño reside.

El abuso y la negligencia de menores es, por lo mínimo: - Cualquier acto reciente u omisión de parte del padre o encargado y que resulte en muerte, daños físicos o emocionales graves, abuso sexual, o explotación; o

- Un acto u omisión que resulte en un riesgo inminente con graves consecuencias.

El abuso sexual es:

El empleo, uso, persuasión, aliciente, tentación, o coacción de cualquier menor para tomar parte en, o asistir a cualquier otra persona a tomar parte en, cualquier conducta sexualmente explícita o simulación de tal conducta con la intención de producir una representación visual; o,

La violación, y violación estatutaria en casos donde el encargado o parientes están involucrados en el abuso sexual, el acoso sexual, la prostitución u otras formas de explotación sexual de menores, o el incesto con niños.

¿CUALES SON LOS TIPOS PRINCIPALES DE MALTRATO?

Con base en la misma Ley Federal de Prevención y Tratamiento del Abuso de Menores (CAPTA), se pueden establecer cuatro tipos principales de maltrato: abuso físico, negligencia, abuso sexual y abuso emocional. Aunque las definiciones estatales pueden variar, las definiciones operativas incluyen lo siguiente:

El Abuso Físico se caracteriza por causar daños físicos como resultado de puñetazos, golpes, patadas, mordidas, quemaduras, sacudidas, u otras formas de dañar a un niño. Es posible que el padre o encargado no haya intentado dañar al niño, sino que las heridas hayan resultado de disciplina excesiva o castigo físico.

La Negligencia del Niño se caracteriza por no cubrir las necesidades básicas del niño. La negligencia puede ser física, educacional, o emocional. La negligencia física incluye la falta de atención médica o la atención tardía, abandono, expulsión de la casa o negativa a aceptar que un niño que se ha escapado regrese a casa, y la supervisión inadecuada. La negligencia educacional incluye la concesión de ausencias escolares sin permiso, el no matricular a un niño en edad escolar en la escuela, y el no prestar atención a las necesidades educativas especiales del niño. La negligencia emocional incluye la marcada falta de atención a las necesidades afectivas del niño, la negativa a proveer cuidado psicológico necesario, abuso conyugal en la presencia del niño, y permitir que el niño use drogas o alcohol. La evaluación de negligencia del menor requiere consideración a valores culturales y al nivel de cuidado que se considera normal, así como el reconocimiento de que, el no proveer por las necesidades básicas se puede deber a la pobreza.

El Abuso Sexual incluye acariciar los órganos genitales de un niño, coito, incesto, violación, sodomía, exhibicionismo, y explotación comercial a través de la prostitución o de la producción de materiales pornográficos. Muchos expertos creen que el abuso sexual es la forma de maltrato de menores menos reportada debido a que el secreto o “la conspiración del silencio” caracteriza estos casos con frecuencia.

El Abuso Emocional (psicológico/abuso verbal/daño mental) incluye actos u omisiones por parte de los padres u otros encargados que causen, o puedan causar, trastornos serios en la conducta, o en el desarrollo cognitivo, emocional, o mental del niño. En algunos casos de abuso emocional, aunque no haya ningún daño evidente en el comportamiento o condición del niño, los

actos de los padres u otros encargados son suficientes para justificar la intervención de la Agencia de Servicios Protectivos del Menor. Por ejemplo, cuando los padres/encargados imponen castigos extremos o extraños, como el encierro del niño en un ropero oscuro. Actos menos severos, como culpar al niño sin razón, rebajarlo o humillarlo, o rechazarlo constantemente, son muchas veces difíciles de comprobar.

Aunque cualquiera de las formas de maltrato puede encontrarse de forma aislada, muchas veces ocurren en combinación. El abuso emocional casi siempre está presente cuando otras formas de abuso son identificadas.

3. DEL PROCEDIMIENTO: ACCIONES CONEXAS

Desde el rol que desempeño en el Poder Judicial, como Jueza de Paz del Distrito de La Encarnación – Capital, debo señalar que la Ley No. 1.600/2000 ha significado un avance importante en el Derecho Positivo Nacional, en cuanto vino a materializar o poner en evidencia, hechos de violencia que las personas afectadas, sea por temor o por desconocimiento, no denunciaban por ante las autoridades competentes, estableciendo un sistema especializado de atención en este sentido, que pudiera dar solución en forma efectiva a los hechos aludidos.

Ya centrándonos en el especto formal, es decir, en orden al procedimiento, una vez recibida la denuncia por el Juzgado de Paz, en forma oral o escrita, por la persona afectada o por otra persona en nombre de ella, el Juzgado podrá adoptar prima facie las medidas de protección urgentes contempladas en el Art. 2º de la mencionada Ley No. 1.600/2000, o bien, diferirá la adopción de tales medidas hasta el momento en que se lleve a cabo la audiencia de sustanciación a la que nos referiremos a renglón seguido. Para ello tendrá en cuenta la verosimilitud de los hechos denunciados, y manejando el criterio que ante la duda de la mayor o menor verosimilitud, debe optar por la adopción de una o más medidas de urgencia.

Cabe resaltar que la denuncia de los hechos también puede tener origen en sede de la Policía Nacional o en los centros de salud, situación que genera responsabilidad para los funcionarios de dichos entes, de remitir al Juez de Paz en forma inmediata las actas de denuncia correspondientes.

En efecto las medidas de protección urgentes establecidas en el Art. 2º de la Ley contra la Violencia Doméstica ofrecen una amplia gama de posibilidades en orden a las decisiones que el Juez de Paz puede adoptar, conside-

rando que la contemplada en el inc. a) del artículo 2º de la Ley, constituye la medida más fuerte, sin soslayar, que el inc. f) del mismo artículo, deja librada a la discrecionalidad del Juzgador la adopción de cualquier otra medida que a su criterio proteja a la víctima.

Habíamos dicho que recibida la denuncia el Juez de Paz podía diferir la adopción de una o más de las medidas de urgencia, hasta el momento de la audiencia de sustanciación. Esta se encuentra contemplada en el artículo 4º de la Ley contra la Violencia Doméstica, y se lleva a cabo previa citación de todas las partes, para lo cual la Ley prevé que en caso de inasistencia injustificada del denunciado, éste será traído por la fuerza pública.

A fin de sustanciarse la audiencia respectiva, el Juzgado deberá librar el oficio correspondiente a la Comisaría de la jurisdicción del denunciado, a fin de notificar a éste de las actuaciones y de la referida audiencia de sustanciación, así como de las medidas que pudo haber adoptado al momento de recepcionar la denuncia por los hechos de violencia.

Si el Juzgado ordenare la exclusión del denunciado del hogar donde habita el grupo familiar, deberá disponer la entrega de sus efectos personales. Aquí es importante destacar, que en la generalidad de los casos la medida de exclusión del hogar, va acompañada de la prohibición de acceso del denunciado a la vivienda o lugares que signifiquen peligro para la víctima; medida prevista en el inc. b) del artículo 2º de la Ley.

En caso que hubiese sido la víctima quien dejó el hogar familiar en aras de su seguridad personal y la de sus menores hijos, el Juzgado podrá ordenar su reintegro y el de sus menores hijos, excluyendo en tal caso al autor de los hechos.

Otra opción es que la víctima solicite la salida de la vivienda familiar, así como la de sus hijos menores, caso en que el Juez de Paz dispondrá la entrega de sus efectos personales y los de sus hijos menores, al igual que los muebles de uso indispensable.

Ya en la audiencia de sustanciación, en un primer momento el Juez escuchará por separado a las partes (es lo recomendado), a fin de evitar que la víctima se sienta intimidada al momento de ratificarse en los hechos denunciados, y luego es aconsejable la presencia de víctima y victimario, lo que dará al Juzgador un conocimiento más objetivo de los hechos alegados por cada una de esas partes.

La Ley dispone que en esta misma Audiencia las partes deberán ofrecer y diligenciar sus pruebas; es decir, que en el caso de testificales, por ejemplo, en ese mismo acto se sustanciarán las audiencias correspondientes, y cualquier otro tipo de prueba que a juicio del Juzgador lleve al esclarecimiento de los hechos.

Es importante señalar que el Juez debe dar cumplimiento estricto a los principios procesales en general, y sobre todo a la inmediación, es decir, el contacto directo del Juez con las partes y los testigos, celeridad en el procedimiento, y economía, en su doble aspecto, de tiempo y dinero, considerando que este tipo de procesos es de carácter gratuito, conforme lo dispone el Art. 1º de la Ley No. 1.600/2000.

Cuando las víctimas sean niños, niñas o adolescentes, sea en forma directa o indirecta; en el primer caso, cuando las agresiones físicas, psíquicas o sexuales los afectan en forma personal", y en el segundo caso, cuando las víctimas son sus madres por ejemplo, hechos éstos que se registran con frecuencia; los hijos sufren las consecuencias, aconteciendo las más de las veces que pasan a ser víctimas directas de los hechos sufridos por su madre, al recibir igualmente golpizas, o intimidaciones. En estos supuestos el Juez de Paz debe seguir un procedimiento especial, según se desprende de la interpretación del artículo 70 de la Ley No. 1.680/2001 – Código de la Niñez y la Adolescencia, que impone a los Jueces de Paz que en caso de ordenar medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio, legisladas por este Código, la obligación de remitir al Juez competente en el plazo de cuarenta y ocho horas todo lo actuado.

Si bien es cierto el citado Art. 70 del Código de la Niñez y la Adolescencia en el acápite se refiere al ejercicio de la patria potestad, en forma clara y expresa prescribe que las cuestiones derivadas de su ejercicio son de competencia de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, y que en los lugares donde no existan estos Juzgados, el Juez de Paz de la localidad podrá ordenar las medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio, en los términos del párrafo transcripto precedentemente.

Es de parecer de la ponente, que el verbo "podrá" utilizado en dicho Art. 70 CNA, debe ser sustituido por "deberá", tratándose de medidas de urgencia a ser adoptadas como consecuencia de un hecho de violencia doméstica en que se encuentran inmersos niños, niñas o adolescentes, pues la gravedad de los hechos y la premura en arbitrar soluciones efectivas, no deja mar-

gen de discrecionalidad para el Magistrado de Paz, so riesgo de producirse consecuencias irreparables.

Siguiendo con las concordancias de ambas disposiciones legales, Ley No. 1.600/2000 y Ley No. 1.680/2001, el Art. 175 del CNA, contempla medidas cautelares de protección, considerando el interés superior del niño, entre las que hallamos en el inciso c) del mencionado artículo, la exclusión del hogar del denunciado en casos de violencia doméstica.

Lo afirmado en cuanto a la obligación por parte del Juez de Paz, en el sentido de remitir los antecedentes del caso en los supuestos en que sean víctimas de violencia niños, niñas y adolescentes, también se encuentra contemplado en el Art. 182 del Código de la Niñez y la Adolescencia, bajo el acápite "De las actuaciones que comprometen intereses del niño", al disponer en forma categórica que: "Los Jueces de otros fueros remitirán al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, dentro de los dos días de haberse producido, copias de las actuaciones de las que resulten comprometidos intereses del niño o adolescente".

Como vemos, no hay resquicio de duda en cuanto a la obligación por parte del Magistrado de Paz de remitir los antecedentes de los casos en que se encuentran afectados derechos de niños, niñas y adolescentes; y ya en la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, el Juez dispondrá si las medidas que fueron dispuestas por el Juez de Paz interviniente, se mantendrán, serán modificadas o revocadas, fundamentando su decisión en este sentido.

En la hipótesis que se configuren como consecuencia de estos hechos de violencia, delitos de acción penal pública, el Juez de Paz asimismo deberá elevar los antecedentes del caso a la Fiscalía del Crimen, así en los casos de Lesiones – Art. 111 inc. 3º del Código Penal, y en los casos de Lesiones graves – Art. 112 del mismo cuerpo legal; a fin que el representante del Ministerio Público realice el seguimiento del caso por ante el Juzgado Penal correspondiente.

Cabe resaltar que todas las medidas de urgencia que hubiesen sido adoptadas, como su nombre lo dice, tienen la particularidad de ser transitorias, es decir, se mantienen en vigencia hasta que el Juez que las dictó ordene su levantamiento, sea de oficio o a petición de parte, por haber cesado las causas que le dieron origen o haber terminado el procedimiento. Sin embargo, puede suceder que por motivos de gravedad, el Juzgado establezca medidas de carácter permanente, o que la duración de las mismas vaya hasta que la víctima

solicite el levantamiento de ellas, ocasión en que el Juzgador hará mérito de la conducta del victimario y el cumplimiento de lo que hasta ese momento hubiere ordenado el Juez interviniente. Por ejemplo en el caso de haber ordenado el seguimiento de tratamientos por ebriedad consuetudinaria, origen de los hechos de violencia, o terapias de tipo familiar con acompañamiento de expertos del área de Psicología Forense.

Finalmente es importante destacar, que como señaláramos al iniciar este tópico, si bien es cierto la Ley contra la Violencia Doméstica ha significado un considerable avance en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo aún queda mucho por hacer, pues es de todos conocido que el órgano señalado por la Ley para entender en los casos de violencia doméstica, o sea, los Juzgados de Paz, se encuentran abarrotados de expedientes, sobre todo en la Capital, lo que hace mucho más problemático prestar una debida atención a las víctimas de violencia, sin olvidar la dificultad que conllevan los casos que requieren la intervención de los organismos auxiliares de la justicia, como ser, asistentes sociales, psicólogos, y otros; esto último sobre todo para los Juzgados de Paz que se encuentran en el interior de la República, lo cual implica que la función del Juez de Paz no sólo se reduce a la recepción de denuncias y adopción de medidas de urgencia en estos casos, sino también al desempeño de roles como los correspondientes a quienes cumplen las funciones de auxiliares de la justicia.

Igualmente, muchos Juzgados de Paz no cuentan con la infraestructura adecuada para el desempeño de su cometido; por tanto esta falencia más lo expresado en el párrafo precedente, quedan para la reflexión, en el sentido de ir buscando herramientas que mejoren la calidad del sistema, que cumple tan noble labor en justicia.

4. DATOS ESTADISTICOS

En el 2000 se ha establecido que en la región de las Américas, las tasas de crímenes y violencia son seis veces superiores a las de otros continentes.

Entre el 30 y el 75% de las mujeres sufren de violencia psicológica, y entre el 10 y el 30% de las mujeres sufren violencia física.

Más del 10% de los niños y niñas latinoamericanos padecen violencia física, y más del 20% violencia psicológica, cerca del 30% negligencia.

Más de 300.000 jóvenes murieron en disputas violentas en pandillas de adolescentes, en las que los jóvenes son las principales víctimas y autores de las violencias en las grandes ciudades.

Señalamos como estadísticas de violencia en Latinoamérica las siguientes:

Bolivia:
El 66% de los 1.432 casos de agresión física denunciados en la Clínica Forense de La Paz en 1986 eran mujeres; de éstas, un 60.7% fueron agredidas por el cónyuge, un 22.6% fueron violadas, y un 16.7% fueron agredidas por otros familiares o vecinos.

Chile:
En Santiago, el 80% de las mujeres han sido víctimas de abuso físico, emocional o sexual por parte de su compañero o de un familiar.

Colombia:
El 65% de las mujeres declaran haber sido golpeadas por su marido o compañero.

Costa Rica:
El 95% de las madres jóvenes son víctimas de incesto.

Nicaragua:
Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el 52% de las mujeres de Managua (el 60% según varias organizaciones no gubernamentales) sufren algún tipo de violencia a manos de su pareja.

La violencia doméstica le cuesta al Estado 29.5 millones de dólares al año (el 1.6% del producto interior bruto) sólo en pérdidas laborales.
El 30% de las mujeres que sufrieron abusos en 1997 fueron hospitalizadas, y de ellas un 15% necesitó cirugía compleja.
En el barrio Cuba Libre de Managua el 95% de las agresiones a mujeres ocurren en el domicilio familiar; en un 53% de los casos el hombre estaba bebido y en un 47% el motivo de la paliza eran los celos.

Perú:
El 70% de todos los crímenes denunciados a la policía son mujeres golpeadas por sus maridos.
En el Hospital Materno de Lima, el 90% de las madres de entre 12 y 16 años han sido violadas por su padre, padrastro, o por un familiar cercano.

Venezuela:

En Caracas, durante la primera semana de funcionamiento del Servicio Municipal para Mujeres, en 1985, el 89% de los casos atendidos estaban relacionados con el grave maltrato físico por parte de sus compañeros.

En España:

Por otra parte, en España, la violencia contra la infancia se declara sólo en un 10% de los casos de malos tratos. Diversos organismos e instituciones, como el Comité español del O.M.E.P., UNICEF, FILIUM, estima, en más de medio millón el número de casos que tienen lugar en un año, y solo se declaran cincuenta mil. Las estimaciones calculan alrededor de 470.000, el número de niños que puede estar sufriendo maltratos físicos, y 860.000 niños pueden estar sufriendo maltratos psicológicos. De éstos, entre 40.000 y 50.000 casos son denunciados por maltrato físico. En conclusión, se denuncian sólo los 0,44 por mil de todos los tipos de abuso que se infringen contra la infancia en España.

5. CONCLUSIONES

En el año 2000, declarado como "Año Internacional de Construcción Cultural de la Paz" (UNESCO), la ONU declaró el día 20 de noviembre como "Día Universal de Prevención del Maltrato y la Violencia contra la Infancia"; conscientes de que la violencia está presente en la mayoría de las sociedades, pero afectando especialmente a mujeres y niños, lo que va en aumento.

La OMS declaró en su 4ta. Asamblea Mundial de la salud, que la violencia es un importante problema de salud pública, y ha instado a los Estados Miembros que evalúen el problema relativo a la violencia en sus territorios.

De todo lo expuesto y de los datos estadísticos que nos ilustran la situación de mujeres, niños, niñas y adolescentes, como principales afectados por los hechos de violencia doméstica, podemos colegir, siguiendo a Inés Palomeque, que una de las principales falencias constituye la paralización en la crítica, sin realizar tareas comprometidas que impulsen un cambio positivo significativo.

Esto es, se reformulan realidades desde el pensamiento, pero en los hechos vamos de manera muy lenta para lo que la actualidad demanda.

Por otra parte, introducimos innovaciones sin objetivos claros, o importamos modelos extranjeros no adecuados a nuestra realidad, la mayor de las veces por temor a perder vigencia, so riesgo de caer en alternativas que más que una solución constituyen un problema por lo que acabamos de expresar, es decir, por no estar adecuadas las soluciones adoptadas a nuestra realidad.

Igualmente, la falta de interpretación adecuada de las legislaciones que rigen la materia, constituye un factor preponderante en el fracaso del sistema, al no existir criterios unificados. Si bien es cierto, el Derecho es un campo caracterizado por encarar los temas en forma polémica, no podemos ante un hecho de violencia que genera peligro para las víctimas, entrar en discusiones bizantinas que rehuyen toda practicidad y eficacia normativa, sea porque los órganos que aplican las referidas normas no comparten criterios de competencia o por disentir en la interpretación de la normativa en general.

Es partiendo de estas falencias que se hace necesario replantearnos desde el rol que nos ocupa, cómo podemos efectivizar los derechos y garantías consagrados en nuestro Derecho, tarea que implica el rescate de valores fundamentales, sea como padres, docentes, alumnos, magistrados, como miembros de la sociedad en general, transformándonos en agentes de cambio, de un cambio positivo, que devuelva la confianza y la seguridad a todos los que tienen sed de justicia.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Nacional de 1992.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña.

GAGLIARDONE RIVAROLA, C. R., Coordinación de Mujeres del Paraguay (CMP), Anteproyecto de Ley Contra la Violencia Doméstica Hacia la Mujer, Asunción, Paraguay, 28 pp.

GAGLIARDONE RIVAROLA, C. R., Manual de la Ley 1.600/00 “Contra la Violencia Doméstica”, Explicación y Aplicación, RED CIDEM, Asunción, Paraguay, 2002, 185 pp.

Ley No. 1.337/1988 – Código Procesal Civil.

Ley No. 57 Ley No. 1.160/1997 – Código Penal de la República del Paraguay.

Ley No. 1.600/2000 Contra la Violencia Doméstica.

Ley No. 1.680/2001 – Código de la Niñez y la Adolescencia.

PUCHETA DE CORREA, A. B., Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Ediciones de la Universidad del Pacífico, Asunción, Paraguay, 2001, 175 pp.

REDNAMI, Proyecto de Red Nacional de Prevención y Atención al Maltrato Infantil, Lo que necesitamos conocer acerca del Maltrato infantil, Base Educativa y Comunitaria de Apoyo, Asunción, Paraguay, 2000.

Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República - Comisión de las Comunidades Europeas, 1.600 Razones para vivir sin violencia, Proyecto Red CIDEM, Asunción, Paraguay, 2000, 80 pp.

ANALISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA LEGISLACION COMPARADA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA (*)

Por María Francisca Prette de Villanueva (**)

EL PROBLEMA

El incumplimiento de la prestación alimentaria en general y de la sentencia de alimentos en particular, constituye un problema de graves consecuencias para quienes necesitan esa cuota para atender a sus necesidades. Por ello, las legislaciones multiplican los procedimientos a fin de asegurar al acreedor la percepción de lo que le es debido.

Desde las vertientes del Derecho civil y del Derecho procesal, también la doctrina moderna se viene planteando la necesidad de dar al "derecho a los alimentos", una tutela más intensa, una protección más eficaz. La contumacia del progenitor a cargo del deber de asistencia no debe ser vista ni analizada como un hecho aislado ya que todo comportamiento sucede en un contexto y toma su significación del ámbito en el cual tiene lugar.

Corresponde advertir que la familia se encuentra inmersa en una sociedad cuyas pautas económicas, culturales y legales ejercen una relevante influencia.

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Penal, de la Niñez y la Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Amambay.

Además, tratándose de una época de desocupación y crisis como en el momento histórico actual, no resulta fácil ganar lo suficiente para sustentar la familia, implicando el divorcio un aumento en la dificultad económica.

El incumplimiento alimentario se produce en la mayoría de los casos en medio o como consecuencia de la crisis matrimonial que conduce a la separación de la pareja conyugal. La generalización de ruptura del vínculo matrimonial como pauta cultural incorporada a nuestra realidad social, origina la formación de nuevos núcleos familiares, multiplicando la obligación alimentaria con nuevos tipos. La vertiginosidad con que se desenvuelven los acontecimientos cuando se produce el fracaso del proyecto familiar, impide a las partes involucradas detener a reflexionar sobre las consecuencias que sus actos acarrean a sus hijos menores, afectando el interés de los mismos.

Ante esta situación, al acudir a la justicia, ésta debería proporcionar una respuesta adecuada al conflicto que se le plantea mediante la generación de un espacio de reflexión que permita al núcleo familiar en conflicto, delinear las nuevas pautas que regirán sus conductas frente a la situación de cambio que la separación ocasiona a todos y a cada uno de sus miembros.

Entendemos que toda situación que tenga a menores de edad como víctimas de la irresponsabilidad de sus progenitores –en el caso, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar–, constituye una cuestión de orden público, por lo cual resulta necesario abordar y proponer todas las modificaciones y excepciones que tiendan a una real y eficaz protección del menor.

Este criterio, por otra parte, no es de modo alguno ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido cabe recordar que la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en nuestro país por Ley N° 57/90, en el Art. 3, apartado 1° establece que: "...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...". Asimismo el apartado 4° del Art. 27 dispone que: "los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera sobre el niño...".

Por lo demás, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, aprobada por Ley N° 1/89 también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, señala en su Art. 19 que: "...todo niño tiene derecho a las medidas de

protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado...".

Estos tratados, como es sabido se hallan incorporados a nuestro sistema jurídico positivo conforme al orden de prelación establecido en el Art. 137 de la Constitución Nacional de 1992.

A fin de dar una respuesta afirmativa a los interrogantes que una cuestión tan fundamental ofrece, el tema ha recibido tratamiento diverso en el Derecho comparado a través de la implementación de diferentes medidas. Analizaremos a continuación la normativa existente en relación a las medidas y soluciones propuestas, tanto en el orden nacional como internacional, para revertir el incumplimiento de la obligación alimentaria.

En el sentido indicado clasificaremos dichas medidas en la forma siguiente: 1) recursos procesales; 2) recursos de ejecución; 3) medios compulsivos; 4) causal de indignidad; 5) sanciones vinculadas a la comunicación paterno-filial; 6) otras medidas arbitradas en el Derecho comparado; 7) sanción penal.

1. RECURSOS PROCESALES

La parte afectada por el incumplimiento de la obligación alimentaria dispone de determinadas herramientas procesales reguladas con la finalidad de facilitar el logro del resultado debido.

Entre ellas se encuentran las siguientes:

1.1. Procedimiento sumario

La mayoría de las legislaciones establece un procedimiento sumario para la reclamación del derecho de la prestación alimentaria y su correspondiente aumento. En consonancia, los códigos de procedimientos prevén un trámite de conocimiento abreviado en materia de alimentos y litisexpensas.

En el Paraguay

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece un procedimiento especial para la fijación de alimentos para el niño y la mujer grávida. En éste, el juez cita al alimentante una sola vez y bajo apercibimiento de tener por ciertas las afirmaciones de la parte actora. (Art.188 C.N.A)

Por otro lado, a efectos de dar una eficacia inmediata al pronunciamiento, los Arts. 180 del C.N.A. y 600 del Código Procesal Civil establecen que el recurso será concedido sin efecto suspensivo si hiciere lugar a los alimentos, y tampoco se exige ningún tipo de fianza o caución para la ejecución de una sentencia pendiente de recurso.

En la Argentina, específicamente en la provincia de Santa Fe, donde funcionan los tribunales colegiados de familia, conforme lo dispone el Art. 531 del C.P.C., la pretensión autónoma de alimentos se tramita por el juicio oral. Asimismo, la ejecución de los alimentos se ve simplificada con la eliminación de la etapa de conocimiento, en el cual no procede la citación a estar en derecho, lo que ha merecido la crítica de un sector de la doctrina, conforme a la cual el alimentante queda en estado de virtual indefensión.

2. RECURSOS DE EJECUCION

2.1. Retención directa sobre las entradas del alimentante

Aun sin mediar incumplimiento por parte del alimentante, es posible disponer la retención directa de la cuota alimentaria, oficiando a la empleadora del alimentante a efectos que mensualmente haga el depósito judicial respectivo.

No debe considerárselo una medida cautelar, sino simplemente una modalidad que tiende a hacer más regular y también más seguro el procedimiento de cobro de la cuota.

2.2. Embargo

En nuestra legislación se halla previsto que, ante la falta de cumplimiento, se pueda utilizar como recurso de ejecución para cobrar la suma de dinero estipulada, el embargo, conforme a lo establecido en el Art. 522 del Código Procesal Civil.

En efecto, la sentencia que condena al pago de alimentos es imperativa y constituye una regla que constriñe la conducta del obligado. No habiendo cumplido el alimentante con la obligación alimentaria fijada en la sentencia, el beneficiario podrá pedir el embargo y venta de los bienes denunciados.

La medida puede recaer sobre sueldos y remuneraciones del alimentante, así como sobre otros bienes que posea. El Art. 189 del C.N.A. permite la

retención de hasta el 50 % de los ingresos del alimentante para cubrir cuotas atrasadas.

Esta vía será eficaz si el deudor dispone de ingresos fijos o bienes suficientes para cubrir el reclamo. Los problemas se presentan cuando el obligado no se encuentra en relación de dependencia y sus verdaderas entradas son difíciles de determinar.

Claro que el procedimiento de ejecución no constituye típicamente sanción alguna contra el obligado, sino simplemente un efecto propio de la condena.

En la Argentina

a) El alimentado ante la falta de cumplimiento, puede utilizar los recursos de ejecución existentes para cobrar una suma de dinero, tales como el embargo y la inhibición general, en principio con respecto a las cuotas vencidas y la producción de intereses. También se ha propuesto como medida cautelar, la anotación de litis para que el demandado no pueda enajenar sus bienes, ni aun por subasta judicial. En igual sentido y con carácter de medida precautoria, se ha propuesto que ante cualquier presentación judicial del cónyuge casado, separado de hecho o divorciado, solicitando cuota alimentaria, aumento o modificación de la misma, tanto sea para sí o para sus hijos incapaces, el juez a pedido de parte o de oficio con citación de los ministerios públicos correspondientes, anotará la presentación en el Registro de la Propiedad Inmueble y que igual presentación, con idéntico carácter precautorio será tomada sobre tarjetas de crédito, efectuándose en la entidad bancaria correspondiente.

Brasil

Entre las medidas destinadas a asegurar el pago de la pensión alimenticia, se encuentran las previstas en el Art. 21 de la ley de divorcio que establece que el juez en la sentencia que decreta la separación judicial debe fijar los alimentos a ser pagados al cónyuge y a los hijos y determinar que determinado bien sea dado en garantía hipotecaria o pignoraticia garantizando el pago de la pensión. Dispone también que si el cónyuge acreedor lo prefiere, la pensión consista en el usufructo de determinados bienes del cónyuge deudor.

Asimismo el Art. 17 de la ley de alimentos establece que las prestaciones podrán ser cobradas de los alquileres de predios o cualquier otra renta del deudor, que podrá ser recibida directamente por el alimentado.

2.3. Crédito privilegiado

Sobre este punto, debemos señalar que en nuestro país, el Código de la Niñez y la Adolescencia (ley 1680/2001) también ha previsto en el Art. 189, otorgar a la deuda alimentaria, privilegio de prioridad absoluta con respecto a cualquier otra, al disponer que: "Los alimentos impagos generan créditos privilegiados con relación a cualquier otro crédito general o especial. Su pago se efectuará con preferencia a cualquier otro".

2.4. Actualización automática de la cuota

El Art. 189 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone la incrementación automática y proporcional de la cuota conforme a los aumentos salariales.

En Argentina, con la sanción de la ley 23.928, llamada de "Convertibilidad", surgió el interrogante sobre la posibilidad de disponer la actualización de las cuotas alimentarias en los convenios y en las sentencias. La falta de previsión expresa del texto legal que excluya los alimentos, dio lugar a diversas opiniones, algunas a favor de esta tesis y otras en disenso. Sin embargo, la jurisprudencia, como fundamento de la actualización automática de esta deuda, ha sostenido que éste es un crédito con características especialísimas, en cuanto se relaciona a distintos valores que van sobreviniendo e incrementándose mes a mes, con el riesgo de que la cuota ya no sirva para su finalidad, viéndose obligado el acreedor a promover sucesivos incidentes de aumento de cuota.

3. MEDIOS COMPULSIVOS

Los medios compulsivos de carácter convencional o legal tienden a mover una voluntad actual o potencialmente renuente, posibilitando al acreedor la satisfacción del crédito. Tales medios operan ante el incumplimiento como conminación o constricción, al amenazar con una sanción, que en caso de ser desoída se concreta patrimonialmente.

3.1. Astreintes

La aplicación de sanciones conminatorias para el caso de falta de pago de los alimentos persigue coaccionar psicológicamente al deudor al cumplimiento específico y puntual de su deber. Muchas veces el temor a sufrir un

menoscabo patrimonial puede resultar el único medio adecuado, ya que el dinero tiene un importante poder de convicción al que puede recurrirse.

En el Paraguay

La jurisprudencia del Tribunal de la Niñez y Adolescencia ha establecido también la procedencia de la imposición de intereses en los casos de incumplimiento de la pensión alimenticia dispuesta judicialmente.

En la Argentina

Entre los medios de compulsión de carácter legal se encuentran las astreintes reguladas en el Art. 666 del Código Civil, que otorgan un derecho a la sanción, apuntando al cumplimiento oportuno de las obligaciones como un efecto normal de la relación creditoria, pero con implicancias procesales en la medida en que tienden a asegurar el valor eficacia en el proceso.

Una vez decretadas las "astreintes", corren desde que el auto que las aplica es notificado y ejecutoriado, y se extinguen con la cancelación de la obligación principal, o el hecho sobreviniente que torne imposible el cumplimiento.

En el Uruguay

El Código del Niño de la República Oriental del Uruguay establece sanciones que abarcan desde el embargo y venta en subasta pública de los bienes del obligado renuente (Art. 213 del Código del Niño y 211 inc. 2 del Código de Procedimiento Civil), hasta la declaración de delito de estafa cuando el padre, patrón o empresario oculten total o parcialmente los sueldos, jornales o habilitación (Art. 216 Código del Niño). Establece también que si el padre es empleado público o privado, se podrá retener, mensualmente en concepto de pensión alimenticia hasta el cincuenta por cientos (50%) del sueldo cuando el número de hijos o cuando la situación económica de la madre así lo requirieran (Art. 214 del Código del Niño). En el caso de que el padre se negare a cumplir la pensión alimentaria, serán notificados el patrón o la empresa donde presta servicios para que hagan el descuento correspondiente en los sueldos o jornales que perciba el demandado. Para ello el Juez deberá librar el oficio correspondiente al empleador, y si éste no cumpliere la orden judicial, responderá personalmente al pago.

Brasil

La ley procesal establece la coerción del alimentante por prisión civil, si no fuere cumplido el deber de pagar la pensión.

La ley N° 5478 de alimentos en su Art. 19 dispone que el juez para la instrucción de la causa o en la ejecución de la sentencia o acuerdo podrá tomar todas la providencias necesarias para su esclarecimiento o para su cumplimiento, incluso decretar la prisión del deudor hasta 60 días.

El Art. 733 del C.P.C establece que en la ejecución de sentencia que fija los alimentos, el juez mandará citar al deudor para que en tres días efectúe el pago o justifique su imposibilidad de hacerlo. Si el deudor no lo hace, el juez decretará la prisión por el plazo de uno a tres meses.

3.2. Paralización de los procesos conexos al juicio de alimentos

Existen otros medios de compulsión que si bien no están reconocidos en forma expresa en dispositivos legales, surgen implícitamente del conjunto de normas que rigen la materia y que encuentran respaldo en la facultades implícitas que cabe reconocer los Tribunales como Poder del Estado. Ellos consisten en la paralización de los procesos conexos al juicio de alimentos mientras el obligado no cumpla total o parcialmente con el pago de las cuotas fijadas. Son los siguientes:

1) Suspensión del incidente de reducción o cesación de cuota

Uno de estos supuestos se da cuando el alimentante suspende o disminuye la prestación a la espera del resultado de su petición de cesación o reducción de la cuota alimentaria. Ante este comportamiento que es frecuente, el Juez no debe permitir que el alimentante imponga anticipadamente en los hechos la reducción o cesación con la que pretende beneficiarse.

Sin embargo, este criterio debe ser adoptado con prudencia, ya que representa una postergación del derecho que el alimentante tiene de obtener el servicio de justicia en el incidente que ha planteado. Conforme a ello, debe considerarse una medida excepcional ya que de todos modos las circunstancias invocadas y acreditadas, pueden haber ocasionado realmente al alimentante la imposibilidad de abonar la suma fijada, aun cuando se suspendan el incidente de reducción o cesación. En tales circunstancias resultaría conveniente indagar, en el ámbito de ese trámite incidental, la real situación del alimentante o del alimentado, para obtener cuanto antes la resolución que

mejor se ajuste a la realidad. Por todo ello, sólo cabe aceptarla cuando hay un total incumplimiento de lo decidido en la sentencia que impone la cuota.

2) Suspensión del juicio de divorcio

En la jurisprudencia argentina, encontramos diversos fallos en los cuales se ha decidido la suspensión del juicio de divorcio promovido por el alimentante incumplidor ante la falta de pago de las cuotas para el cónyuge o el hijo de ambos, fundado en que resulta razonable evitar que la afectada por el incumplimiento se vea obligada a incurrir en los gastos de la atención de un proceso iniciado por quien no atiende sus deberes de asistencia.

Otros autores opinan que la paralización o suspensión es improcedente pues existe un derecho a concluir jurídicamente una relación que, de facto, ha cesado y cuyo trámite no puede ser paralizado por no cumplir con la obligación alimentaria.

Como ya se ha señalado, en general, este medio de coerción es rechazado por la doctrina, porque no solo no hay una norma que lo autorice, sino que se argumenta que viola la disposición constitucional que garantiza la defensa en juicio.

4. CAUSAL DE INDIGNIDAD DE LOS PADRES PARA SUCEDER A LOS HIJOS

El Art. 3296 bis del código civil argentino, en virtud de la ley 23.264, en su último párrafo declara indigno de suceder al hijo, al padre o la madre... "que no le haya prestado –al hijo– alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna". La norma citada incorpora entonces una nueva causal de indignidad que vincula la eficacia de la vocación hereditaria al cumplimiento de las cargas o deberes asistenciales emergentes de la patria potestad.

Es decir, la problemática se sitúa en torno al reconocimiento espontáneo que hicieron los progenitores de sus hijos menores, y en el modo en que asumieron los deberes alimentarios y asistenciales.

5. SANCIONES VINCULADAS A LA COMUNICACION PATERNO FILIAL

La Ley y la Jurisprudencia extranjera han desarrollado distintas sanciones referentes a la comunicación paterno-filial, en una visión que va desde la pérdida de la patria potestad al configurarse el abandono o la suspensión en

el ejercicio cuando sin causa justificada el progenitor no cumpliere con la obligación legal de prestar alimentos a sus hijos, hasta la suspensión del derecho de visitas cuando hay incumplimiento infundado. Estas medidas cuya intención es ejercer compulsión sobre el obligado renuente, tienen a criterio de algunos autores de que además de castigar al hijo, quien pierde así el trato del progenitor, necesario para su formación, resultan poco eficaces, pues la ausencia de comunicación acrecienta el desinterés y la irresponsabilidad paterna generando en el hijo sentimientos de abandono.

5.1. Suspensión del ejercicio de la patria potestad

En la República Argentina, se ha ordenado en algunos casos la suspensión del ejercicio de la patria potestad con relación al progenitor incumplidor de su obligación alimentaria, con la advertencia que a los efectos de la configuración de esta sanción deberían cumplirse las causales previstas por el Art. 309 del Código Civil que son las siguientes: ausencia simple declarada judicialmente, interdicción, inhabilitación, condena penal a más de 3 años de reclusión y entrega del hijo a un establecimiento tutelar.

5.2. Suspensión del derecho de visitas

Frente a la relación entre el derecho de visita y la falta de prestación alimentaria del padre a sus hijos, se observan las siguientes posiciones en la doctrina y jurisprudencia.

1- Procede la interrupción del trato paterno-filial ante la falta de prestación alimentaria por parte del progenitor. Esta tesis se funda en las siguientes razones: La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones y quien no cumple estas últimas no puede reclamar derechos; si bien es incuestionable el derecho de los padres para mantener trato con sus hijos, el ejercicio de tal facultad depende de la correlativa satisfacción de los deberes emergentes, no siendo propio que la justicia ampare en su derecho a quien falta a la obligación primordial de alimentar a su hijo. La medida, según esta posición, se aplica como sanción al padre incumplidor siendo eficaz como medio de compulsión pues induce al padre a proporcionar alimentos. Se ha argumentado, asimismo, que si la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria puede constituir una causa de privación de la patria potestad, con mayor razón cabe juzgarla más que suficiente para decretar la suspensión de las visitas acordadas.

2- No corresponde la suspensión del derecho de visita ante la falta de prestación alimentaria del padre. La corriente que rechaza la medida de sus-

pensión del régimen de visitas frente al incumplimiento paterno, se funda en que tal tipo de sanción no tiene basamento legal, ni constituye un fundamento "racional" para interrumpir el trato con el hijo, sustentándose en varios pronunciamientos que no corresponde una decisión de tal naturaleza, si el padre no se encuentra suspendido en el ejercicio de la patria potestad. La suspensión del derecho de visitas –aduce Zannoni– supone la correlativa suspensión en el ejercicio de la patria potestad, ya que implica la imposibilidad de que el progenitor pueda ejercer a través del trato y el contacto periódico con su hijo, el cúmulo de facultades que la ley acuerda en el ejercicio de la patria potestad: educación, corrección, vigilancia, etc. Por tanto sólo sería procedente la medida cuando el juez advierta en el padre un comportamiento que signifique la negligencia grave o abandono. Por último, esta orientación ha considerado el interés del hijo, puntualizando que admitir la interrupción del régimen de visitas importa lesionar el afecto del menor.

3- Se admite la suspensión del derecho de visita ante el incumplimiento alimentario paterno pero con diversas restricciones. En esta corriente no se establece de manera absoluta una relación causal inexorable entre la falta de pago de los alimentos y el derecho de visita, adoptándose un criterio muy cuidadoso para ordenar la medida. De esta manera, en muchos pronunciamientos se postula que la interrupción del trato paterno-filial sólo puede tener lugar en casos excepcionales, cuando el incumplimiento de la obligación alimentaria es deliberado y total. Se estima dentro de esta postura, que la medida debe decretarse con suma precaución y con criterio restrictivo de acuerdo al prudente arbitrio de los jueces en cada caso, ya que la sanción no sólo perjudica al alimentante, sino también al hijo cuyo derecho a mantener trato fluido con los progenitores queda cercenado.

5.2.1. Posición que sostenemos

El derecho de visita es a la vez un deber de tener trato con el hijo.

El trato del padre con el hijo no es un privilegio que puede cesar si no ha cumplido con la prestación alimentaria, sino también un deber de no menor entidad que el de asistencia, integrantes ambos de la función de padre. Este, aun cuando no tenga la custodia de los hijos, tiene, sin embargo, el derecho-deber de vigilar el ejercicio de la tenencia acordada y recurrir a los remedios jurisdiccionales para que la educación y formación del vástago resulten satisfactorios. Por esta razón el derecho de visita es irrenunciable y no puede suprimirse. Es inadmisible, pues, que el propio ordenamiento jurídico releve al padre de su responsabilidad en la formación del hijo.

6. OTRAS MEDIDAS ARBITRADAS EN EL DERECHO COMPARADO

A consecuencia de la falta de pago del alimentante, los Tribunales y la doctrina de los diversos países han pergeñado distintas medidas compulsorias para el cumplimiento respectivo. Así, aparte de las ya analizadas en los capítulos anteriores, podemos encontrar también en el Derecho comparado, las siguientes:

6.1. Cobro por el Estado

Francia: la Ley 11/7/75 estableció la cobranza pública de las pensiones alimentarias, solucionando de este modo todos los inconvenientes derivados de los atrasos o de la falta de pagos de las pensiones alimentarias. La deuda será pagada por el Tesoro Nacional, que se subroga en las acciones y medios de garantías de que goza el alimentado y recibe un porcentaje por gastos de cobranzas que aumenta la cuota. Esta solución requiere una pensión alimentaria fijada por decisión jurisdiccional ejecutoriada, cuyo cobro total o parcial no haya podido ser obtenido, mediante las vías de ejecución de derecho privado.

Actualmente en Francia está sancionado el delito de abandono de familia con pena de privación de la libertad. Asimismo, se contempla el procedimiento de pago directo de la prestación, lo cual le permite al acreedor de la pensión recibirla del empleador por simple requerimiento oficial. Para el caso de los procedimientos de ejecución privados, es posible demandarlos por intermedio del Procurador de la República a través de la cobertura pública de la pensión.

En Canadá provincia de Alberta, para evitar un ambiente de contraposiciones entre las partes, es el Estado el que promueve la acción en forma directa sin intervención del interesado.

En sentido similar un comité de Inglaterra recomendó remplazar los procedimientos de alimentos de carácter individual, por pagos a cargo del Estado que pueden ser recuperados por éste a través de órdenes administrativas dirigidas en contra del marido.

Por su parte Suecia prevé en la Ley de adelantos de 1977, una cobertura para el alimentado equivalente al cuarenta por ciento de la suma básica estimada para su manutención.

6.2. Responsabilidad del empleador

El Código del Niño del Uruguay (Art. 215, 2° párrafo); el Código del Menor de Colombia (Art. 153 inc. "1") y El Código de Familia de la República de El Salvador (Art. 264), establecen que el incumplimiento de la orden de retención de la cuota alimentaria hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. La retención ordenada será acatada inmediatamente por la persona encargada de hacer los pagos y, de no cumplirla, "será solidariamente responsable con el obligado al pago de las cuotas alimenticias no retenidas, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurriere por su desobediencia" –Art. 264–. También serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de daños, todos los que hubieren participado de la acción dolosa.

Esta solución también la propone el Art. 324 del Proyecto de Reformas al Código Civil aprobado por la Cámara de Diputados de la Argentina, el 3 de noviembre de 1993.

El Código de Familia de Panamá introduce un novedoso artículo (812), según el cual el empleador que dentro del término señalado por el Juez no informara sobre el salario devengado por el empleado o suministre datos falsos, incurrirá en desacato y, en consecuencia, será sancionado hasta con 10 días de arresto mientras dure la renuencia.

6.3. Prohibición de salir del país hasta tanto el deudor satisfaga la prestación alimentaria

La Ley tutelar de menores de Venezuela de 1980 (Art. 55 y 56); la Ley de Menores del Ecuador (Art. 64); la Ley Orgánica de Defensa del Niño de Colombia (Art. 148); el Código del Niño del Uruguay (Art. 220); el Código de Familia de El Salvador (Art. 258) y el Art. 328 del Proyecto de Reformas al Código de la Cámara de Diputados de la Argentina, facultan al Juez a disponer que el demandado no pueda ausentarse del país sin prestar garantías suficientes que respalden el cumplimiento de la obligación.

6.4. Declaración de insolvencia

La Ley Tutelar de Menores de Venezuela (Arts. 55 y 56) establece que la falta de cumplimiento del deudor alimentario en el término de treinta días, produce su declaración de insolvencia, debiendo el deudor presentar certificado de solvencia alimentaria no sólo para salir del país, sino para realizar

cualquier acto mediante el cual enajene, traslade o grave bienes muebles o inmuebles, derechos o acciones, para contratar con el Estado y obtener de éste prestaciones de cualquier índole.

6.5. Retiro de la licencia de conductor

Se señala que ofrece buenos resultados en Francia el retiro de la licencia de conducir vehículos, que en algunas ciudades, los jueces disponen hasta tanto se produzca la regulación de la deuda alimentaria.

6.6. Causal de separación de bienes

En Italia el Art. 193 del Código Civil establece como causal de la separación de bienes el abandono material y moral, y el incumplimiento de la obligación alimentaria respecto al cónyuge o del hijo de ambos. Otro tanto ocurre en Alemania con relación a este último aspecto.

6.7. Localización del deudor

En otros países, como los Estados Unidos de Norteamérica, existen organismos públicos que tienen a su cargo la localización de los deudores alimentarios, a pedido del Tribunal interviniente.

En la Unión Soviética, la ordenanza del 21 de julio de 1967 del Presidium del Soviet Supremo establece que, cuando se desconoce el domicilio del deudor alimentario, el Tribunal debe realizar, con auxilio de la policía, los actos necesarios para su localización.

6.8. Anotación en los registros

Dentro de la corriente que considera necesario que la sanción frente al incumplimiento alimentario salga del ámbito privado y pase a recibir el repudio social haciendo público el incumplimiento, de modo que el derecho cumpla legalmente su función orientadora y tuitiva, se ha presentado en la Argentina un proyecto de Ley que establece que el Juez ante el incumplimiento del obligado y a pedido de parte deberá adoptar entre otras la comunicación del incumplimiento de la obligación a las entidades públicas o privadas indicadas por el accionante. Se ha propuesto además que una vez dictada la sentencia y ante el incumplimiento del obligado, el juez mandará anotar en el Registro Inmobiliario, de automotores y de personas jurídicas, que el deudor está

impedido de realizar actos jurídicos mientras no acredite haber cumplido con la obligación alimentaria.

6.9. Creación de registros especiales

En la búsqueda de soluciones para efectivizar el cumplimiento de la obligación alimentaria, existen tres proyectos presentados en la República Argentina que, con diferencia de matices en la instrumentación y tomando como antecedentes soluciones aplicadas en países tanto americanos como europeos, crean una estructura de archivos interrelacionados constituyendo bancos de datos (registros) que proporcionan información actualizada y fidedigna sobre deudores de cuotas alimentarias. Resulta importante destacar que como un modo de garantizar el cumplimiento del objetivo del sistema, estos proyectos establecen obligaciones a cargo de los integrantes de la Red de información (jueces, empleadores, escribanos, bancos, entidades financieras y Registros Inmobiliarios) quienes se constituyen así en controles que sostienen el sistema coadyuvando a la respectiva percepción de la cuota alimentaria.

El análisis de los proyectos permite observar además que los mismos apuntan a que el incumplimiento trascienda el ámbito familiar y se instale en el social, previendo sanciones para el incumplidor con el objetivo de lograr, a través de estas soluciones alternativas, el cumplimiento de la obligación alimentaria.

6.9.1. Registro nacional de morosos de cuota alimentaria

En el ámbito territorial de la ciudad autónoma de Buenos Aires, por ley 269/99 se creó el Registro de Deudores/as Alimentarios/as Morosos/as, como medio directo de publicitar la situación del o la deudora de alimentos en relación a terceros interesados –esencialmente organismos o dependencias públicas– y de manera mediata como forma de disminuir o atenuar el problema, que hasta entonces era sólo patrimonio de las partes en litigio.

En este Registro se inscribirán por orden judicial y a instancia de parte interesada, aquellos obligados que adeuden total o parcialmente tres cuotas alimentarias consecutivas o cinco alternadas, fijadas mediante sentencia firme.

Se ha instrumentado así un cuerpo legal que no implica la exclusión de las acciones civiles y penales originadas en la deuda por la mesada alimenti-

cia, como puede ser la fijación de astreintes o la denuncia por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, sino como medida complementaria tendiente a anoticiar a terceros: Instituciones, Organismos Públicos, Tribunal Electoral y Consejo de la Magistratura, que un interesado adeuda total o parcialmente tres cuotas alimentarias consecutivas o cinco alternadas.

7. SANCIONES DE NATURALEZA PENAL

Desde la óptica del Derecho Civil se ha cuestionado severamente la penalización del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Se afirma que los conflictos que plantea el incumplimiento alimentario, aun en aquellos supuestos en que se omite la asistencia familiar mínima e indispensable, deben ser resueltos en sede civil sin recurrirse al derecho penal.

Los argumentos que, en líneas generales, se invocan, se dirigen a destacar que la penalización del incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar, lejos de resolver el conflicto, lo agravan hasta el punto que la acción penal en poder de uno de los cónyuges puede convertirse en un medio para descargar la agresividad en el otro y para obtener, por venganza, su criminalización. De tal modo, siempre según estos razonamientos, la iniciación de una causa puede ser el detonante del incumplimiento de toda asistencia material a cargo del cónyuge definido como delincuente, a instancias del otro.

Sin embargo, la realidad parece demostrar que, más allá del esfuerzo que los operadores jurídicos del fuero civil imprimen en sus actividades jurisdiccionales y profesionales, en muchos casos el proceso civil no cumple con su cometido.

En muchas ocasiones, la sentencia que reconoce alimentos, en favor de los hijos menores, es de ejecución imposible porque el alimentante se ha insolventado impunemente.

En el Paraguay

La CONSTITUCION NACIONAL del año 1992, en su capítulo IV, referente a los Derechos de la familia, ha consagrado la penalización del incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria. Específicamente en el Art. 53 que dispone: “DE LOS HIJOS... Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la Ley en caso de incumplimiento de sus debe-

res de asistencia. Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad...". La penalización de la deuda alimentaria dispuesta en este artículo constituye la excepción al principio de la prohibición de la prisión por deudas, consagrado en el Art. 13 de la Carta Magna.

Asimismo, el Art. 54 establece: "DE LA PROTECCION DEL NIÑO... La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente...".

Consecuentemente a esta posición, el nuevo Código Penal de nuestro país, Ley N° 1160/97, en su capítulo IV, Título I, que regula los hechos punibles contra el Estado Civil, el Matrimonio y la Familia, tipifica la figura del INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO en el Art. 225 que establece: "1° El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa...".

Siguiendo la propia redacción de la citada norma establecida en el Art. 225 del Código Penal, vemos que en el sistema adoptado por nuestro legislador, no se requiere para la incriminación de este delito la existencia de una sentencia civil previa, ejecutoriada o firme que imponga la obligación alimentaria.

Se advierte que este nuevo tipo penal se refiere exclusivamente al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, con lo cual se le protege a la familia como bien jurídico, cuya protección integral se halla consagrado en el Art. 49 de la Carta Magna.

7.1. La legislación americana comparada y su tratamiento del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

Un rápido repaso a gran parte de la legislación americana comparada, revela una mayor preocupación por tipificar los comportamientos que encie-

rra el incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar y una mayor dosis de sentido común para brindar soluciones y mecanismos más efectivos y realistas en la prevención y control penal de estas conductas.

Es preciso destacar que la legislación de importantes países de América Latina contempla expresamente aquellas situaciones en las que el sujeto activo oculta maliciosamente los bienes de su propiedad o crea deliberadamente un estado patrimonial falso, se coloca intencionalmente en cualquier situación de insolvencia, traspasa sus bienes a terceras personas o emplea estratagemas o pretextos, todo ello para eludir el cumplimiento de su obligación alimentaria. En cualquiera de estos supuestos se advierte cómo, además del tipo básico o fundamental, se estructura otro agravado, aumentándose sensiblemente las situaciones aplicables o incluso calificando directamente esas conductas como constitutivas del delito de estafa (legislaciones de Panamá, Costa Rica, México, Brasil y Uruguay).

La ley argentina N° 13.944, del 9 de octubre de 1950 ha previsto la pena de prisión para los casos de mora en el pago de las pensiones alimenticias. Así preceptúa en su Art. 1: "Se impondrá la prisión de un mes a un año o multa de veinte mil a doscientos mil pesos a los padres que sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o demás si estuviere impedido"...

Constituye también motivo de agravación específicamente tipificada, el retiro o renuncia voluntaria o injustificada del trabajo, empleo o función, cuando con ello se frustre o eluda el cumplimiento del deber alimentario (legislación de Venezuela, Costa Rica, Panamá y Brasil).

En igual sentido, se considera como constitutivo del delito de estafa y se reprime con igual pena que este último, la ocultación total o parcial de sueldos, jornales o habitación por parte del padre, ampliándose sus alcances hasta el patrón o empresario que hubiere consentido o colaborado de cualquier modo con esa conducta (Art. 216 del Código del Niño de la República Oriental del Uruguay).

Pero hay más todavía. El Art. 1 de la ya citada ley 13.096 del Perú, deja a un lado nada más y nada menos que el principio de inocencia, garantía constitucional básica del derecho penal occidental y, en consecuencia, invierte la carga de la prueba en perjuicio del imputado al sostener que el incumplimiento de prestar alimentos se considera intencional, salvo prueba en contrario.

En general, se mantienen penas alternativas (multa y prisión), con la salvedad de que en algunos ordenamientos legales la multa se impone en beneficio de los alimentados, como por ejemplo en la legislación peruana.

No puede soslayarse, sin embargo, los alcances negativos que la punición ocasiona en el incumplidor y en el núcleo familiar afectado. En efecto, en caso de imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, se produce la paradójica situación de colocar a los menores en mayor desamparo económico, dado que el encierro importa la pérdida del empleo y de una fuente de ingresos para el sustento familiar y, eventualmente, coloca al sujeto condenado en serias dificultades –una vez recuperada su libertad– de obtener un nuevo trabajo, debido a la notoria e inocultable estigmatización que recae sobre aquellos que han pasado por el régimen carcelario.

Por eso mismo, entendemos que en este tipo de ilícito, deben existir pautas o criterios de selección racional de los comportamientos que habrán de perseguirse penalmente, por ser particularmente graves, asegurándose de ese modo el principio de mínima intervención del sistema penal.

CONCLUSION

En base a todo lo expuesto concluimos sosteniendo que debemos aprovechar al máximo el nuevo horizonte que se nos abre a partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la Convención de los Derechos del Niño a los ordenamientos jurídicos nacionales, que nos obligan a un serio replanteo de los instrumentos legales vigentes y demanda un considerable esfuerzo para que mediante una interpretación dinámica y progresiva del derecho interno se garantice la eficacia de aquéllas.

Estimamos que debemos seguir trabajando para incorporar a nuestras respectivas legislaciones determinadas medidas compulsorias y sanciones de naturaleza civil a los efectos de garantizar la efectividad del derecho a los alimentos del menor.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACION EN EL DERECHO INTERNO EN MATERIA DE INFANCIA (*)

Por María Elodia Almirón Prujel (**)

1. CUESTIONES GENERALES

Una de las cuestiones que recurrentemente se plantea a la Ciencia del Derecho Constitucional y a la Teoría General de los Derechos Fundamentales es la de determinar, tanto en abstracto como en concreto, lo razonablemente justo en aquellos campos donde dos derechos parecen oponerse o, más generalmente, donde se presentan casos bajo la forma de conflicto entre diversos bienes constitucionales. No sin razón se ha dicho que la problemática de tales conflictos representa uno de los puntos más delicados de la dogmática de los derechos fundamentales.

La cuestión es usualmente abordada en términos de irrefrenable colisión u oposición entre los derechos o los bienes jurídicos. Se ha sostenido, en este sentido, que existe una "concepción del Derecho Constitucional como un campo de batalla de intereses competidores". El resultado es que, en gran parte, la resolución de los litigios constitucionales pasa hoy por la elección de uno de los bienes en juego y la preterición o anulación del otro.

Para resolver los conflictos que se puedan plantear, se suele recurrir básicamente a dos métodos, que consisten respectivamente en establecer una

---

*) Ponencia presentada en el 3er. Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de la Infancia y la Juventud (AIMJIJ).

**) Jueza de Justicia Letrada-Capital Docente en las áreas de Derechos Humanos y Derecho Constitucional Universidad Nacional de Asunción y Universidad Americana (Facultad de Derecho)

jerarquía entre los derechos fundamentales –categorization of rights, en el léxico anglosajón- y en decidir mediante el test del balance o ponderación –balancing test, que algunos traducen por "balanceo" y otros por "test ponderativo"-. A estos métodos se encuentra íntimamente ligada una concepción de los límites de los derechos fundamentales que los concibe fundamentalmente como límites externos al propio derecho.

Uno de los métodos a que se recurre –especialmente en la doctrina- para resolver conflictos entre derechos consiste en establecer entre ellos jerarquías o categorías previas y rígidas. De este modo, en un litigio donde confluyan dos derechos fundamentales se recurrirá a una tabla pretasada de importancia, según diversos baremos, que permitirá establecer la primacía del jerárquicamente superior.

Por otra parte, las diferentes jerarquizaciones propuestas suelen depender de criterios y baremos que, aunque gozan de cierta justificabilidad en términos constitucionales, se encuentran fuertemente marcados por condicionamientos ideológicos. Para la visión más extendida, la cláusula del interés general o el estándar de lo necesario en una sociedad democrática determinan, por ejemplo, la supremacía de la libertad de prensa, convirtiéndola en una libertad "preferida", "estratégica" e "institucional". Otros, desde una consideración de los derechos por referencia a su mayor o menor cercanía con el núcleo de la personalidad, considerarán prevalentes el honor o la vida privada frente a la información, que estaría más lejos de la persona, pues se situaría, al menos a simple vista, en su vida de relación.

Puede ser interesante mostrar con cierto detalle un ejemplo de jerarquización o categorización. El autor elegido, por la claridad con que se muestra la propuesta objeto de análisis, es Miguel Angel Ekmekdjian. Su argumentación puede ser sintetizada en los siguientes pasos: a) Es errónea la idea de que los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía, porque; b) los derechos son proyecciones de los valores: "el derecho subjetivo es un medio para brindar protección (jurídica) a un valor que, por definición, es un fin en sí mismo"; y c) toda teoría de los valores supone un orden jerárquico de los mismos; de modo que es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente.

La determinación de la jerarquía exige, en consecuencia, establecer la importancia relativa de cada valor, lo cual puede hacerse siguiendo tres métodos complementarios, a juicio del citado autor. El primero pasa por examinar

la mayor o menor restringibilidad de cada derecho en función del valor que proteja, puesto que "un derecho es menos restringible en la medida en que el valor al cual brinda cobertura tenga mayor jerarquía". El segundo método es la sustracción hipotética, que consiste en imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y luego imaginar otro en el cual se aceptara ésa y se negara otra, y así sucesivamente, para comprobar cuál pérdida es más significativa. El último método apunta a la renunciabilidad de los derechos, pues existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa incluso la calificación de derechos subjetivos a la cobertura jurídica que los protege. Si se los compara con los derechos que sí pueden ser renunciados, la mayor jerarquía de los primeros es obvia.

En el plano de la hermenéutica constitucional, la restringibilidad de los derechos en la cumbre de la escala es mínima, y va aumentando a medida que se desciende. En concordancia con esto, una ley no puede restringir derechos superiores en mayor medida que otros inferiores; por tanto, el índice de protección que posee cualquier derecho encuentra su límite máximo en el límite mínimo del índice de protección que poseen los derechos de rango inmediatamente superior. En segundo lugar, la escala permite resolver los conflictos de derechos, para los cuales no existe armonización posible, sino que requiere en todos los casos sacrificar uno de ellos en beneficio del otro (el de rango superior).

El balancing test se ha desarrollado principalmente en el ámbito jurisprudencial, y de modo particular en Estados Unidos, donde nació de la mano de sentencias relativas a la libertad de expresión, para extenderse en la actualidad a las más importantes áreas del Derecho Constitucional. Por ello, uno de los dogmas más extendido en la doctrina norteamericana es que el balancing es absolutamente inevitable e indispensable cuando se encuentran en juego valores directamente reconocidos en el texto constitucional, y en especial cuando se trata de juzgar el interés público.

Esto hace posible la consideración que la tratativa de los derechos fundamentales de los individuos que interactúan en un Estado, se deba realizar a un nivel supralegal e inclusive a un nivel constitucional o cuasiconstitucional, a los efectos que la protección de los mismos cuente con un mecanismo de doble seguridad, creándose así toda una corriente que da origen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. INTERACCION ENTRE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCION Y EL AMBITO INTERNO

El problema de las relaciones del derecho internacional con el derecho interno ha revestido importancia excepcional en el orden teórico. Manuel Díez de Velasco plantea el problema así: "En realidad, no se trata de otra cosa que, dada la existencia de un derecho internacional que regula las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional, y un ordenamiento de carácter nacional, ya que ellos son portadores de su propio ordenamiento jurídico, es necesario saber si entre uno y otro existen o no relaciones y si se da o no una subordinación entre los grupos de ordenamientos, el internacional y el interno".

El desarrollo de la comunidad internacional permite afirmar la estrecha vinculación entre los derechos humanos y el derecho internacional, desde el punto de vista científico (objeto y método específico de los derechos humanos), pero no en cuanto a la protección que aún se encuentra reglada especialmente en los sistemas jurídicos internos.

En este aspecto básico que hace a su efectividad, es imprescindible utilizar el sistema y el andamiaje dinámico del derecho internacional. Una de las características de los derechos humanos es la jurisdicción internacional. No obstante, un tribunal nacional puede aplicar normas de derechos humanos de carácter internacional, o bien nacionalizadas, de acuerdo con los diferentes sistemas constitucionales.

Mediante interpretaciones de órdenes jurídicos cerrados y duplicados se fomentó la visión del derecho que opera con la substracción del derecho constitucional. Es decir, por un lado el derecho interno y por el otro el derecho internacional.

Actualmente se observa el desarrollo de los derechos humanos y protección internacional con un concepto de soberanía actualizado. En esos términos la soberanía nacional no se reduce, procediendo su redefinición actual sobre la base del respeto de los derechos humanos. Por eso la soberanía será respetada si es respetable en la efectividad de los sistemas de protección de los derechos humanos. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno no requiere auxilios teóricos ni doctrinarios. Necesita la vitalidad de la práctica, esto es, la aplicación cotidiana de las normas.

La coordinación y primacía de la práctica sobre la teoría permite evadir la dicotomía de los sistemas jurídicos. La cuestión no es separar sujetos y técnicas para establecer diferencias.

En cuanto a la posición dualista, se debe tener en cuenta que ambos sistemas jurídicos (interno e internacional) se hallan separados, distinguidos por sus fuentes y por los sujetos que regulan, no es posible la penetración e integración. Será preciso, pues, un acto de novación de la norma que modifique totalmente su naturaleza. Esa novación opera como una transformación por la que se mediatiza la norma de derecho internacional con un acto de derecho interno (Ley).

Las normas que emanan de los órganos jurídicos tienen su propio y exclusivo ámbito de validez. Hay diversidad de fuentes y de sujetos, lo que implica que no puede haber en ninguno de los dos sistemas jurídicos una norma obligatoria que emane del otro. Dentro de esta concepción, no puede haber conflictos posibles entre los dos órdenes jurídicos, sino solamente reenvíos del uno al otro. Este reenvío puede ser material o formal, si la referencia de un sistema jurídico al otro implica o no la recepción de las normas en vigencia de este último.

Ahora bien, como el derecho internacional no puede alcanzar a los individuos, requiere ser transformado en derecho interno. La obligación del Estado consistiría en dictar una norma de derecho interno que se conforme a la norma internacional.

Se le ha criticado a la doctrina dualista el que racionalmente no pueden existir dos órdenes igualmente válidos y que la distinción entre los órganos del Estado no se justifica. En efecto, dice que hay ciertos órganos (legislativo y ejecutivo) que pueden ser alcanzados por el derecho internacional y otros (no gobernantes), que no pueden ser cobijados por las normas internacionales. En la actualidad esta contradicción no puede justificarse, cuando todos los órganos del Estado, cualquiera sea su jerarquía, tienen, desde este punto de vista, una situación idéntica.

Con la posición monista, sin embargo, sucede lo contrario, no requiere ninguna transformación o recepción para darle fuerza obligatoria y deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno que sean incompatibles con él. A la inversa, puede sostenerse una posición monista sobre la base del derecho interno exclusivamente. Esta posición considera que desde el punto de vista del derecho internacional, es desde donde se comprende su conexión con el

derecho nacional y por lo tanto con un orden jurídico universal. Parte de la base de la unidad del conjunto de normas jurídicas. Se acepta el principio de la subordinación, según el cual todas las normas jurídicas se encuentran subordinadas las unas a las otras, en un orden rigurosamente jerárquico.

Existe una teoría conciliadora (G.A. Walz), que explica que el derecho internacional está, pues, mediatizado por el derecho interno. Por consiguiente, toda ley interna contraria al derecho internacional tiene vigencia, si es correcta desde el punto de vista estatal, pero surge entonces la responsabilidad internacional del Estado. Esta responsabilidad puede darse, tanto por dictar el Estado normas opuestas al derecho internacional, como por omitir los medios para la realización de sus obligaciones internacionales.

La tendencia actual en la comunidad internacional consiste en la integración del derecho vigente, donde el principio y norma consuetudinaria pacta sunt servanda y el reconocimiento estadual de las personas como sujetos de derecho internacional conforman el marco esencial para su desarrollo. Las decisiones de los órganos de control internacionales, incluyendo los tribunales internacionales, lo confirman; la práctica de los Estados, lo ratifica. La clásica división entre derecho interno y derecho internacional en la medida de considerarlos como dos ordenamientos jurídicos diferentes carece –en este momento histórico- de adaptabilidad.

La implementación de las cláusulas de los tratados internacionales y de las declaraciones –tanto universales, como regionales- sobre derechos humanos en la jurisdicción interna de los Estados ha sido estructurada a través de diferentes fuentes y mecanismos. Por una parte, las nuevas Constituciones latinoamericanas receptan la tendencia enunciada: Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, entre otras, seleccionando diferentes propuestas, se adscriben en términos generales a la armonización legislativa e interrelación del ordenamiento jurídico.

De la misma manera en que la influencia de los instrumentos internacionales en el ámbito interno de los Estados se encuentra demostrada por la práctica generalizada de éstos, donde la doctrina de los publicistas ha jugado un rol importante, al igual que las actividades desplegadas por los órganos de control internacionales receptan disposiciones existentes en el ordenamiento de los Estados partes de un tratado, como un mecanismo adecuado de la idea integradora del derecho, produciéndose una interacción entre los sistemas de protección de los derechos humanos y el ordenamiento y comportamiento de los órganos de poder estaduales.

En el sistema interamericano, que ha hecho de los derechos humanos una obligación internacional, no es posible hacer de ellos una materia exclusiva de la jurisdicción doméstica de los Estados.

Los derechos humanos no constituyen ya asuntos de la competencia exclusiva del Estado, cualesquiera que sean las circunstancias en que ocurra la violación o las consecuencias en que ésta se traduzca. Se trata de un asunto que ha trascendido el ámbito nacional y, por lo tanto, ni la soberanía ni la no internación constituyen principios que puedan oponerse a una acción colectiva, perfectamente justificable a la luz de otros principios igualmente consagrados en el ordenamiento jurídico del sistema interamericano.

La consecuencia normal (de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos) es que otorga un derecho de reclamar su cumplimiento, lo cual en el campo de los derechos humanos importan la necesidad de verificar si el Estado en cuestión los ha puesto realmente en práctica.

En el tema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional en función del derecho internacional de los derechos humanos, el panorama que ofrecen las Constituciones latinoamericanas es vasto aunque, en general, establecen la supremacía constitucional respecto de toda otra norma del ordenamiento jurídico.

Es posible distinguir, entonces, entre las Constituciones que reconocen una jerarquía normativa que toma en cuenta a los tratados en general y las que consideran especialmente a los tratados de derechos humanos. Entre las primeras se hallan las que disponen la supremacía de los tratados respecto de las leyes y las que los ubican en el mismo rango. Las Constituciones de Costa Rica y El Salvador disponen la mayor jerarquía del tratado respecto de la Ley. Por el contrario, otras se inclinan por la igualdad jerárquica entre leyes y tratados. Así, el artículo 133 de la Constitución de Méjico surge de la letra del artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos. Otro conjunto de Constituciones contempla especialmente el caso de las normas internacionales de derechos humanos, como es el caso de Paraguay, así como el de la Argentina.

Aun en el caso de la supremacía del tratado respecto de la legislación nacional, se requiere de una hermenéutica que facilite superar los conflictos que se plantean ante la determinación de la operatividad de las normas internacionales. La presunción iuris tantum de la operatividad de las normas que rige en el derecho internacional de los derechos humanos debe ser adecuadamente aquilatada en los ámbitos nacionales.

La nueva tendencia en la integración del derecho se ve reflejada en los siguientes elementos: aceptación de la diferencia entre tratados internacionales tradicionales y tratados sobre derechos humanos; reconocimiento de la supremacía en los tratados sobre derechos humanos frente a las leyes nacionales y aun la misma jerarquía constitucional en las nuevas constituciones americanas; implementación de la compatibilización del derecho en leyes internas; existencia de límites establecidos a los poderes que integran el Estado en salvaguarda de los derechos y garantías y su efectividad.

Más allá de esta exposición en la óptica del derecho comparado, corresponde precisar que los instrumentos de derechos humanos han contemplado expresamente la cuestión atinente a su aplicación el ámbito interno. Ello surge de la obligación explícita de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos en forma efectiva. Esta obligación está generalmente sujeta a control a través del sistema de informes periódicos.

La pluralidad de fuentes, internas e internacionales, de los derechos humanos impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado.

En general, los tratados de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida que la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.

Confluyen aquí una serie de principios generales del derecho internacional y de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos que brindan pautas hermenéuticas claras.

A la luz del criterio pro homine, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Coincidentemente con el principio *pro homine*, la doctrina ha identificado la interpretación teleológica de los instrumentos de derechos humanos.

En efecto, de la regla general de interpretación de los tratados, codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que resume armónicamente todos los elementos auténticos de interpretación –lectura de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos en el texto y en el contexto y de acuerdo con su objeto y fin-, se desprende como prioritario en el caso de los derechos la consideración del objeto y fin de las normas en esta materia. La práctica y la jurisprudencia internacionales que ponen de manifiesto las especiales características de los derechos humanos ha servido de fundamento a esta posición.

En la actualidad, compete a cada sistema constitucional la solución de los conflictos que puedan presentarse entre el derecho internacional y el derecho interno, dependiendo así de su legislación interna. Vanossi expresa a este respecto que "la tan ansiada supremacía de un derecho internacional sobre los variados órdenes nacionales, solamente se ha concretado con perfiles nítidos en los regímenes de integración que se encuentran en la etapa de la supranacionalidad y del derecho comunitario. Pero sus alcances distan de ser universales, ya que aun este proceso está ubicado a nivel regional y únicamente en un sector del continente europeo con profundidad relativa. La solución varía según las determinaciones constitucionales de cada Estado que le reconoce un cierto rango al derecho internacional, en lo que se refiere al plano de su valor interno".

Desde luego que para solucionar los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno es necesaria en cada Estado una reforma constitucional que establezca la primacía del derecho internacional que evite las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que hasta hoy han estado divididas entre la doctrina monista y la dualista.

Sería importante establecer, por ejemplo, la supranacionalidad automática en materia de derechos humanos para que las normas de los organismos supranacionales pudieran regir automáticamente sin necesidad de incorporarse a la legislación interna.

4. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PARAGUAYO

La Constitución de la República del Paraguay, en sus artículos 137, 141 y 142, otorga un rango cuasi constitucional a las normas internacionales de Derechos Humanos, refiriéndose además al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus artículos 143 inciso 5) y 145.

El artículo 137 dispone en su primer párrafo: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”. Este artículo estipula tanto la supremacía normativa así como la prelación en el orden jurídico interno paraguayo con relación a la Constitución. Así, se tiene en primer lugar a la Constitución como norma suprema y fundamentadora del orden interno paraguayo, y que prescribe el orden de prelación e importancia en la aplicabilidad del orden jurídico interno; seguida por las normas de carácter internacional que deben cumplir un requisito previo, consistente en la aprobación y ratificación por parte del Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo; para luego ser completado por las leyes ordinarias dictadas por el Congreso Nacional y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía.

El artículo 141 en concordancia directa con el artículo más arriba trascripto dispone: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”. Es decir, este artículo lo que hace es integrar el alcance y sentido del primer párrafo del artículo 137. Así, sólo se refiere a los tratados internacionales, pero éstos deben encontrarse válidamente celebrados, para que puedan ser aplicados y exigidos en el territorio paraguayo, pues de lo contrario serían mera declaración hasta tanto el país disponga su armonización con el orden interno nacional. Explica además el alcance de la celebración válida para su exigibilidad, y que consiste en su aprobación como ley por el Congreso, para posteriormente ser depositados o canjeados los instrumentos de ratificación, en las respectivas Secretarías Generales de los Organos de carácter universal o regional. Podría considerarse como una norma repetitiva en el contexto de la Constitución, pero los Convencionales Constituyentes consideraron oportuna introducirla nuevamente, a los efectos de precisar el marco básico del perfil de nuestras relaciones internacionales, adhiriéndose así a la posición dualista de incorporación de normativa internacional a un orden jurídico interno, ya comentada en párrafos anteriores.

Es decir, el Paraguay, a los efectos de la aplicabilidad y exigibilidad de cualquier instrumento de naturaleza internacional en territorio nacional, primeramente debe cambiar su naturaleza a una ley de carácter interno, eso es lo que prescribe taxativamente el artículo 141 del texto supremo, de otro modo

el mismo estaría sujeto a su aprobación por Ley del Congreso para que pueda ser aplicado.

Este procedimiento se inicia en la Cámara de Senadores que por mandato constitucional, según el artículo 224 inciso 1), se constituye en una de sus atribuciones exclusivas (artículo 224 inciso 1): Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Senadores: 1) iniciar la consideración de los proyectos de ley relativos a la aprobación de tratados y de acuerdos internacionales;...), y por ende en su Cámara de Origen, para luego pasar a la Cámara de Diputados (Cámara Revisora), siguiendo así el procedimiento de formación y sanción de leyes estipulado en el texto constitucional. No se debe olvidar también, que el artículo 202 inciso 9) prescribe cuanto sigue: Son deberes y atribuciones del Congreso: ...9) aprobar o rechazar los tratados y demás acuerdos internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo. Una vez que el texto del instrumento internacional respectivo haya sido transformado en ley de carácter nacional, se deposita el respectivo instrumento de ratificación, pasando así a formar parte del orden jurídico interno.

El artículo 142 del texto constitucional prescribe: “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.

El procedimiento de la denuncia es un procedimiento especial que proviene del Derecho Internacional Público, y que tiene relación directa con el término común “renuncia” por parte de un Estado al orden que contempla un Tratado internacional suscripto por él, es decir el efecto de esta “denuncia” sería dejar sin efecto los alcances y obligatoriedad del instrumento internacional de derechos humanos en el territorio paraguayo.

Así, el Paraguay ha estipulado un mecanismo constitucional para el procedimiento de la denuncia, a través del procedimiento de la enmienda constitucional o reforma parcial, por lo ordenado en el artículo 290. Este procedimiento es de carácter especial, pues no es el procedimiento común de formación y sanción de las leyes, es decir, a través del Congreso Nacional, sino por el contrario, los Convencionales Constituyentes creyeron oportuno y necesario estipular un mecanismo seguro y restrictivo para el procedimiento de denuncia de los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos; pues luego de un prolongado y vasto tiempo de violaciones constantes de los derechos fundamentales de los paraguayos, era necesario e imperioso prescribir un mecanismo seguro para lograr que un tratado que proteja los derechos humanos pueda ser dejado sin efecto en el territorio nacional; otorgán-

dole de esta forma a los instrumentos internacionales de derechos humanos un carácter cuasiconstitucional.

El artículo 290, en consonancia con lo estipulado anteriormente, dispone: "Transcurridos tres años de promulgada esta Constitución, podrán realizarse enmiendas a iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de treinta mil electores en petición firmada. El texto de la enmienda deberá ser aprobado por mayoría absoluta en la Cámara de origen. Aprobado el mismo, se requerirá igual tratamiento en la Cámara revisora. Si en cualquiera de las Cámaras no se reuniese la mayoría necesaria para su aprobación, se tendrá por rechazada la enmienda, no pudiendo volver a presentarla dentro del término de un año. Aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, se remitirá el texto al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un referéndum. Si el resultado de éste es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto constitucional. Si la enmienda es derogatoria, no podrá promoverse otra sobre el mismo tema antes de tres años...".

Por este mecanismo, se implementa una doble protección para la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos. En primer lugar, se tiene que el procedimiento de denuncia puede ser solicitado por el Congreso Nacional (cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras, o por el Poder Ejecutivo, e inclusive puede ser solicitada por treinta mil electores en petición firmada (dándole así también un espacio constitucional de decisión al poder soberano que recae en nuestro pueblo, por mandato del artículo 2 de la Constitución). Así tres poderes se encuentran inmersos en la solicitud de denuncia (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Soberano o Popular), otorgando un equilibrio lógico en la iniciativa de petición, y no dejando todo el poder de decisión en manos de uno solo de ellos. Luego, el texto de la denuncia, en este caso concreto, debe ser aprobado por la Cámara de Origen (que por interpretación analógica debe ser la Cámara de Senadores, pues por principio del artículo 224 inciso 1) de la Constitución, compete a esta Cámara con la naturaleza de atribución exclusiva la consideración de los proyectos de ley relativos a los tratados y acuerdos internacionales, y coligiendo también competería a la misma el tratamiento como Cámara de origen de la denuncia del tratado o acuerdo internacional), por mayoría absoluta, es decir por la mitad más uno del total de los miembros de la Cámara de origen –Senadores, 45- (esta mayoría absoluta se encuentra definida en el artículo 185 del texto supremo en su primer y segundo párrafos ...El quórum legal se formará con la mitad más uno del total de cada Cámara (...) Para las

votaciones de las Cámaras del Congreso se entenderá (...) por mayoría absoluta, el quórum legal...); mismo tratamiento requerirá en la Cámara revisora (Diputados) con la misma mayoría requerida (45) -mitad más uno de los miembros de la antedicha Cámara-. En el caso de no obtener las mayorías requeridas para ambas Cámaras, la denuncia no podrá ser aprobada, y se la rechazará, no pudiendo volver a presentársela dentro del término de un año, de ocurrida esta situación. En el caso contrario, es decir, si fuera aprobado el texto de esta denuncia, el mismo deberá ser remitido a la Justicia Electoral (Tribunal Superior de Justicia Electoral), para que dentro de un plazo de 180 días (días civiles, continuos), este Tribunal convoque a un Referéndum Constitucional. Esta forma de consulta popular constituye uno de los mecanismos de la democracia participativa (democracia semidirecta), en donde el pueblo cuenta con una cuota de participación y decisión en las cuestiones de Estado.

El artículo 143 inciso 3) ordena cuanto sigue: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: ...5) la protección internacional de los derechos humanos. Con este artículo expresamente se está reconociendo el concepto básico del derecho internacional de los derechos humanos, el cual así obtiene alcance de nivel constitucional, es decir, entre unos de los principios rectores en materia de relaciones internacionales para el Paraguay, se encuentra la protección internacional de los derechos humanos, teniendo esta expresión, conexión directa con lo que dispone el artículo 145 de la Constitución en materia del reconocimiento de un orden jurídico supranacional. Así, el habitante de la República del Paraguay, que no obteniendo la protección de sus derechos fundamentales a nivel jurídico interno, puede recurrir a la protección internacional de los mismos, por expreso mandato constitucional.

El artículo 145 prescribe: 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. Este artículo al precisar la condición de igualdad para la existencia de este orden jurídico supranacional, está garantizando la protección de la personalidad internacional del Paraguay, y además es de una suma importancia, pues es la primera que en un texto constitucional reconoce la jurisdicción supranacional.

Con este compromiso el Paraguay se encuentra obligado constitucionalmente a que los instrumentos internacionales suscriptos ya no sean meros

actos protocolares, mas cuando ellos se constituyen en instancias más allá de nuestro orden positivo interno para la defensa de la vida, de la libertad y de otros valores sustantivos que él garantiza a los habitantes de la República en su papel de protector primero.

El Paraguay, en materia de derechos humanos con el texto constitucional de 1992, a través de los artículos mencionados en párrafos anteriores y todos los artículos referentes a la parte dogmática, ha efectivizado un avance de alcance notable para la efectiva y plena vigencia de éstos, e inclusive llegó más lejos, reconociendo un orden jurídico supranacional como instancia autónoma para el control de la calidad de los derechos humanos vigentes en nuestro país, dando vigencia al derecho internacional de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA

Albanese Susana, Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones La Rocca. 1992.

Comisión Andina de Juristas. Protección de los Derechos Humanos. Santafé de Bogotá, Colombia. Centro Editorial. Universidad del Rosario. 1999.

Constitución Nacional.

LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ELECTORAL

Por Carlos Víctor Echauri Soto (*)

El art. 273 de la Constitución Nacional establece: "*La convocatoria, el juzgamiento, la organización, la dirección, la supervisión y la vigilancia de los actos y de las cuestiones derivadas de las elecciones generales, departamentales y municipales, así como de los derechos y de los títulos de quienes resulten elegidos, corresponden en forma exclusiva a la Justicia Electoral.*

Son igualmente de su competencia las cuestiones provenientes de todo tipo de consulta popular, como así mismo, lo relativo a las elecciones y al funcionamiento de los partidos y de los movimientos políticos".

La Justicia Electoral está integrada por un Tribunal Superior de Justicia Electoral, por los Tribunales, por los Juzgados, por las Fiscalías y por los demás organismos a definirse en la ley, la cual determinará su organización y funciones.

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ELECTORAL

Composición: El Tribunal Superior de Justicia Electoral se compone de tres miembros, elegidos de conformidad a lo establecido por la Constitución, quienes prestan juramento o promesa ante la Cámara de Senadores. Designa anualmente de entre sus miembros un Presidente y un Vicepresidente. El Presidente ejerce la representación legal de la Justicia Electoral y la supervisión administrativa de la misma.

(*) Profesor Abogado Carlos Víctor Echauri Soto. Miembro del Tribunal Electoral de Caaguazú y San Pedro desde 1990 y Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción – Filial Coronel Oviedo

Naturaleza y sede: El Tribunal Superior de Justicia Electoral es la autoridad suprema en materia electoral y contra sus resoluciones sólo cabe la acción de inconstitucionalidad. Tiene su sede en la Capital y ejerce su competencia en todo el territorio nacional.

ATRIBUCIONES PRINCIPALES EN MATERIA PROCESAL

Resolver los recursos de reposición, aclaratoria o ampliatoria interpuestos contra sus decisiones;

Entender los recursos de apelación, nulidad y queja por apelación denegada o retardo de justicia, interpuestos contra las decisiones de los Tribunales Electorales en los casos contemplados en la Ley;

Entender en las recusaciones e inhibiciones de los Miembros del mismo Tribunal y de los Tribunales Electorales.

DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES

Composición: En cada Circunscripción Judicial funciona un Tribunal Electoral integrado por tres miembros.

COMPETENCIA

Entender en los recursos de apelación y nulidad; y en las quejas por apelación denegada o por retardo de justicia interpuestas contra las decisiones de los jueces electorales;

Resolver las impugnaciones, recusaciones e inhibiciones de los jueces y fiscales electorales de su jurisdicción.

DE LOS JUECES ELECTORALES

Composición: Existe un Juzgado Electoral en cada capital Departamental.

COMPETENCIA

a) El Juzgamiento de las impugnaciones, protestas o reclamos relativos al Registro Cívico Permanente o a los padrones de electores de su jurisdicción;

b) Instruir sumario en investigación de las faltas electorales y aplicar las sanciones que correspondieren;

c) Organizar, dirigir y fiscalizar las elecciones y consultas populares en sus respectivas jurisdicciones.

DE LOS FISCALES ELECTORALES

Composición: Existe un Fiscal, en cada capital departamental.

ATRIBUCIONES PRINCIPALES

a) Intervenir y dictaminar en representación de la sociedad en todo proceso que se sustancie ante el Fuero Electoral;

b) Actuar de oficio o a instancia de parte en las faltas electorales

PROCEDIMIENTO ELECTORAL

Las actuaciones contenciosas ante la Justicia Electoral se tramitan conforme a las normas del proceso de conocimiento sumario.

Además, la ley 635/95, que reglamenta la Justicia Electoral, prevé un trámite de riesgo, en los casos en que la acción versare sobre la impugnación de candidaturas o la nulidad de elecciones, que deban tramitarse de modo urgente, con reglas especiales que inclusive simplifican y agilizan los trámites y plazos previstos en el proceso sumario.

DEL AMPARO

Este recurso es muy utilizado en materia electoral, teniendo en cuenta la urgencia de los casos que se plantean durante las elecciones y a su vez la efectividad de las medidas cautelares para la solución rápida de los mismos, cuya competencia corresponde al Juez electoral.

DEL VOTO ELECTRONICO

En las últimas elecciones generales llevadas a cabo en fecha 27 de abril del año 2003, constituyó toda una novedad para el electorado paraguayo el uso de las urnas electrónicas para ejercer el derecho al sufragio a través del voto magnético, convirtiéndose en una experiencia muy positiva, por la trans-

parencia, practicidad y agilidad de sus resultados, de esta manera la Justicia Electoral Paraguaya ingresó dentro del círculo de naciones muy privilegiadas y selectas que utilizan este medio moderno de votación, gracias a la generosa colaboración del Gobierno brasileño que permitió en forma gratuita contar con las urnas electrónicas, que en las próximas elecciones se planea utilizarlas en un 100% por su amplia efectividad.

DE LA NUEVA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES

El art. 144 de la ley 1626/2000 de la "Función Pública" establece: "Los Tribunales Electorales del país entenderán en los casos previstos en esta ley, cuando se trate de funcionarios municipales o de los gobiernos departamentales".

Por la citada disposición legal los Tribunales Electorales del país han ampliado su competencia pudiendo entender en las cuestiones litigiosas suscitadas entre los funcionarios públicos y el Estado, concretamente cuando se trate de funcionarios municipales o de los gobiernos departamentales, lo que ha posibilitado la descentralización de la administración de justicia en el campo mencionado, teniendo en cuenta que anteriormente dichas cuestiones eran de competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas Segunda Sala de la Capital.

La ley, al establecer esta nueva competencia de los Tribunales Electorales, ha solucionado un problema de larga data, consistente en la imposibilidad material, casi absoluta, de que los funcionarios públicos del interior de la república, para interponer sus derechos ante la instancia judicial Contencioso-Administrativa, debían llegar hasta la capital con la exigencia de altos costos, sacrificios personales y demora en el tiempo; por todo estos factores, muchos reclamos legítimos quedaban en simples intenciones o por el camino, más bien se procuraba agotar la instancia administrativa ante el mismo órgano público con recursos de reposición o medidas de reconsideración que en la mayoría de los casos no tenían eco favorable para el funcionario público y de esta manera quedaban sepultadas sus aspiraciones de obtener justicia.

La nueva competencia mencionada en nada afectó el normal desenvolvimiento de los Tribunales Electorales, muy por el contrario, quedaron fortalecidos enormemente, teniendo en cuenta que las actividades jurisdiccionales al ser ampliadas le ha dado un movimiento inusitado a los Tribunales, lo que a todas luces ha sido muy saludable en todos los sentidos. La misma estructu-

ra del funcionariado se vio obligada a adquirir conocimientos y, destrezas en el nuevo procedimiento contencioso-administrativo y por supuesto, a los Magistrados quienes acostumbrados al procedimiento de conocimiento sumario y con trámite de riesgo que rige en lo electoral, tuvieron que embarcarse en el nuevo proceso que se rige por las reglas del conocimiento ordinario, que amplía notablemente la función judicial.

En todo el país se generó un ambiente de plena aceptación por la nueva competencia, ya que la misma facilita enormemente la tramitación de este tipo de proceso, la inmediatez como principio básico del proceso, se cumple plenamente por la facilidad que tienen los protagonistas –actores y demandados- para llegar hasta el Tribunal a fin de promover la demanda y su respectiva contestación y sobre todo la ventaja se denota en el periíodo probatorio, donde con mucha facilidad se obtienen las pruebas correspondientes, en especial la agregación de instrumentales, recepción de las testimoniales, así como también las pruebas de informes que en este tipo de juicio es muy usual, la constitución del juzgador en el lugar de los hechos en forma rápida y sin mayores costos, representa una garantía y a su vez mucha comodidad para intentar el debido proceso.

En la Circunscripción Judicial de los Departamentos de Caaguazú y San Pedro, con sede en Cnel. Oviedo, donde funjo de Magistrado Electoral, en los años 2001, 2002 y parte del 2003, se han dictado aproximadamente 100 Autos Interlocutorios (A.I.), y 50 Acuerdos y Sentencias Definitivas (S.D.), lo que demuestra a las claras que la mencionada descentralización judicial constituyó todo un éxito.

LAS OBLIGACIONES EMERGENTES DEL CONTRATO Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR: LAS PRESTACIONES PROPIAS DE CADA PRODUCTO O SERVICIO

Por Roberto A. Vázquez Ferreyra (*)

Sumario: I. Algunos supuestos de hecho.- II. Las soluciones en el Derecho español y chileno.- III. Las prestaciones propias de cada producto o servicio en el Derecho argentino.- IV. La reforma de la Ley 24.240 formulada por Ley 24.999.

I. ALGUNOS SUPUESTOS DE HECHO

Hace un tiempo, un abogado amigo me contaba una situación que lo había hecho enojar bastante Había comprado una impresora láser de primera marca y de última tecnología.

Como sucede en estos casos, el vendedor le había comentado todas las características que hacán de esta impresora una de las mejores del mercado, claro que se había guardado mucho de informar sus desventajas, o tal vez ni el propio comerciante las conocía.

Lo cierto es que una vez instalada, y con la premura que exige un cercano vencimiento de términos, este colega preparó un recurso que debía presen-

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires; Profesor de grado y postgrado en diversas Universidades de Argentina e invitado por universidades de Latinoamérica y Europa; Presidente del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario; Vicedirector de Postgrado de la Facultad Católica de Derecho de Rosario; autor de varios libros y cientos de monografías publicadas en Argentina y el extranjero.

tar al día siguiente. Por supuesto que iba a utilizar su nueva impresora, pues la anterior estaba inutilizada. Grande fue su sorpresa cuando quiso imprimir su recurso de ambos lados de la hoja, tal como se exige en toda actuación judicial. La impresora en el reverso de las hojas, lejos de imprimir el texto producía unas manchas que hacían del escrito judicial una pieza impresentable.

Mi amigo, resignado, pensaba seriamente comprar una nueva impresora y no formular el reclamo correspondiente y ello por cuanto según le informaron *a posteriori* en el comercio, ese tipo de impresoras sólo imprimen en el anverso y no sirven como impresiones a doble faz. Esto incuso venía explicado en el correspondiente manual de uso (1).

2. Un apersona adquiere una cochera en un edificio en construcción. Cuando le entregan la posesión de la cochera advierte que, si bien el espacio para la guarda de auto es razonable, para poder estacionar debe realizar maniobras muy complicadas que le llevan muchos minutos y un esfuerzo considerable.

3. Un aficionado a la pesca compra una embarcación a motor, pero sucede que cuando la quiere matricular en Prefectura no se lo permiten porque no cumple con los requisitos mínimos de seguridad.

Los ejemplos pueden multiplicarse sin necesidad de mucha imaginación.

En todos estos casos, nos encontramos con situaciones en las cuales da la sensación que el producto o servicio no cumple o no reúne los requisitos que le son propios o no satisface las expectativas que eran de esperar.

Las soluciones jurídicas frente a casos como los relatados pueden ser muy variadas. Así por ejemplo, recurrir a la teoría general del negocio jurídico y analizar si se ha cumplido correctamente con sus elementos, en especial el objeto y la causa. Puede también darse un supuesto de violación de la obligación tácita de seguridad que en muchos contratos viene impuesta por la buena fe (Art. 1198 C.C.) (2).

(1) Téngase en cuenta que el manual de uso viene adentro de la caja y, por ende, el comprador no tiene acceso al mismo, sino hasta el momento en que adquiere el producto. Por otra parte, la mayoría de las impresoras vienen con manuales en idioma extranjero, en franca violación del Art. 6 de la ley 24.240.

En esta oportunidad queremos referirnos muy concretamente a la solución que el Derecho español y chileno brindan en base al concepto de "prestaciones propias de cada producto o servicio".

II. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO

La Ley chilena de Protección al Consumidor Nº 19.496 del 7 de marzo de 1997 (3), bajo el título "Responsabilidad por incumplimiento", en su artículo 20 inc. c) dispone: "En los casos que a continuación se señalan, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición la devolución de la cantidad pagada (...) c) cuando cualquier producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad".

El precepto citado tiene su semejanza con el artículo 8.1 de la Ley Española de Defensa de los Consumidores y Usuarios, según el cual: "La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".

---

(2) Por nuestra parte nos hemos ocupado de esta figura en La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo, Ed. Vélez Sársfield (Juris), Rosario, 1988- "Las obligaciones de seguridad", Jurisprudencia Argentina 1987-IV-951. Un caso típico de obligación de seguridad es la de la playa de estacionamiento respecto a la vigilancia de los vehículos que se dejan aparcados. "En España, las audiencias provinciales, con unos y otros argumentos, consideran que constituye prestación propia del servicio de aparcamiento la vigilancia de los vehículos depositados, de manera que la falta de vigilancia se considera incumplimiento contractual, desencadenante de la consiguiente responsabilidad". Cavanillas Mugica, Santiago, "Las prestaciones propias de cada producto o servicio", en Arandazi Civil, Nº 2, enero de 1993, p. 13.

(3) Publicada en el Boletín Oficial de la República de Chile Nº 35.710.

En ambas normas, se está reconociendo la existencia de algo propio o connatural a cada producto o servicio, un "contenido natural de cada contrato que no se deriva ni de la actuación de los contratantes (publicidad, por ejemplo) ni del pacto ni de la ley, sino de la propia naturaleza de cada producto o servicio" (4).

Obviamente que para determinar qué debe entenderse en cada caso concreto por prestación propia de cada producto, el intérprete debe ubicarse desde el punto de mira del consumidor o usuario. En otras palabras, debe responderse al interrogante de qué puede esperar un consumidor o usuario de determinado producto o servicio aun cuando ello no figure expresamente en el contrato, en la publicidad, la folletería, las instrucciones, etc.

Según el distinguido Profesor de las Islas Baleares Cavanillas Mugica, en criterio que compartimos, los módulos que permiten determinar cuáles son las prestaciones propias de cada producto surgen de la *lex artis*, de los Reglamentos y de la mera formalidad.

En cuanto a la *lex artis*, toda prestación debe cumplir con las pautas de una buena práctica profesional.

Los productos también deben cumplir con los requisitos que le vienen impuestos por los Reglamentos que los regulan.

Por último, el consumidor tiene derecho a que los productos o servicios contratados le ofrezcan una prestación normal, entendida la normalidad, más que como calidad media, como usual, regular, habitual.

En muchos casos, y según la particularidad del objeto del negocio jurídico, puede considerarse prestación propia a cargo del suministrador o vendedor el deber de informarse sobre las necesidades del comprador y si las mismas pueden ser satisfechas por el producto ofrecido.

En el sentido expuesto en el párrafo anterior, Cavanillas Mugica recuerda una sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca del 9 de junio de 1990, que consideró que el vendedor de una emisora de radiomó-

(4) Cavanillas Mugica, Santiago, "Las prestaciones propias de cada producto o servicio (Art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)", en Arandazi Civil, Nº 2, enero de 1993, p. 8. El trabajo citado es el estudio más completo sobre el tema en tratamiento.

vil ha de informarse de la habilidad de dicho producto para ser utilizado con el equipo receptor del cliente. En la sentencia se lee: "El nudo de la cuestión litigiosa reside en determinar si las partes asumieron como componente contractual el suministro e instalación de una emisora de radio que pudiera integrarse con el equipo de que ya disponía la compradora y de la banda de frecuencia legalmente autorizada –tesis de la demandada– o sólo el suministro de la emisora en cuestión –tesis de la demandante–. En estricto Derecho, la mencionada integración constituye un móvil del comprador que sólo se eleva a la categoría de causa del contrato si así lo asumen ambas partes, corriendo a cargo de la compradora la carga de la prueba de que se ha pactado dicha obligación. Atendiendo, sin embargo, al principio de buena fe, dicha carga se invierte, pues tratándose de venta de objetos de cierta sofistificación técnica, y siendo experta la vendedora y no así la compradora, es la primera la que debe cuidar de informarse sobre las necesidades del comprador –que además, debe considerarse probable que se expusieran en forma verbal- y corre a su cargo la prueba de que dichas necesidades no se asumieron en el contrato y se trató de pura y simple compraventa de cosa específica, lo que debería figurar expresamente en el contrato o presupuesto para conocimiento de compradores poco avisados".

En el caso relatado al principio de esta colaboración, indudablemente, el vendedor de la impresora tenía el deber de informarse sobre el destino que el comprador pensaba darle a dicho instrumento a efectos de poder asesorarlo convenientemente.

Señalábamos al principio que para analizar si un producto satisface o no las prestaciones que le son propias, debemos ubicarnos desde el punto de vista del consumidor y no de un experto.

Por ello, quien tenga a su cargo dicho análisis no debe fundar sus conclusiones en las pautas o conocimientos que tengan los profesionales del ramo. "En una relación de consumo el juez ha de atender a lo que se considera normal desde el punto de vista del consumidor, aunque no coincida con lo peritado por un profesional del ramo" (5).

Cavanillas Mugica cita el siguiente ejemplo tomado de una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga del 17/6/92. "En el caso, un consumidor que había contratado el cerramiento acristalado de su terraza, comprobó que en días de lluvia el cerramiento no resultaba estanco y el agua se filtraba

(5) Cavanillas Mugica, Santiago, op. cit., p. 15.

al interior. El perito que intervino en la primera instancia dictaminó que el cerramiento era correcto y que cuando se pretende obtener una total estanqueidad es necesario contratar un producto de mayor calidad. La Sentencia resuelve a favor del consumidor con fundamento en la publicidad del empresario, alusiva a la estanqueidad del producto. Eliminando este dato, sin embargo, ejerza el elector de juez y diga si no constituye prestación propia de un cerramiento de terraza o balcón su impermeabilidad al agua de la lluvia y ello no es una legítima expectativa del consumidor, sólo descartable si el empresario puede probar que se pactaron otras condiciones distintas" (6).

Otro interesante antecedente del mismo tribunal español se relaciona con el reclamo formulado por el adquirente de un automotor que debido a un desperfecto en el período de garantía tuvo que esperar dos meses hasta que vino de Japón el repuesto correspondiente. El concesionario había alegado que dicha pieza no se encontraba en todo el país por lo que su comportamiento fue el mismo que hubiera tenido cualquier otra agencia. El tribunal consideró que tal retraso no se corresponde con la legítima expectativa del consumidor y señala que la venta de un vehículo por un concesionario oficial lleva consigo la debida asistencia post-venta, en la que se incluye el almacenaje de piezas o la posibilidad de obtenerlas con rapidez, obligación razonablemente previsible y en cuyo cumplimiento confía el consumidor.

Por supuesto que no existe inconveniente alguno en que las prestaciones propias de cada producto puedan ser objeto de negociación particular, apartándose las partes de tales condiciones. Pero ello debe estar expresamente convenido y aceptado por el consumidor. Por otra parte esa aceptación no debe provenir de condiciones impuestas y sólo aceptadas. Debe tratarse de una cláusula verdaderamente negociada. Lo contrario lo tornaría nula a la luz del artículo 37 de la Ley 24.240.

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, puede decirse que las prestaciones propias de cada producto o servicio serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando aquellos extremos no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

"Las prestaciones propias de cada producto o servicio, es decir, las que son inherentes a su utilidad o finalidad esencial generan en los consumidores y usuarios la expectativa legítima de que el producto o servicio proporcionará

(6) Cavanillas Mugica, Santiago, op. cit., p. 15.

las prestaciones que le son propias, aun cuando en la publicidad no se haya mencionado expresamente; y esta expectativa sólo dejará de producirse si el empresario anunciante hace constar en la publicidad determinados aspectos que faltan o son inferiores a lo que se considera normal o propio de un producto o servicio. Consecuencia de ello es la exigibilidad de las referidas prestaciones por parte de los consumidores y usuarios, salvo exclusión publicitaria explícita" (7).

III. LAS PRESTACIONES PROPIAS DE CADA PRODUCTO O SERVICIO EN EL DERECHO ARGENTINO

En la Ley argentina 24.240 de Defensa del Consumidor no existe una previsión expresa sobre las prestaciones propias de cada producto o servicio tales como las que encontramos en el ordenamiento español y chileno.

Ello no impide que podamos utilizar el concepto y buscar apoyo en nuestro ordenamiento a efectos de que los consumidores y usuarios de nuestro país también pueden exigir algo tan elemental como lo es la prestación propia de cada producto.

Como se ha señalado correctamente en un reciente fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio (8).

"Conforme los principios generales que regulan los contratos, es deber de las partes en la etapa previa a la formación del contrato durante su celebración y ejecución actuar de buena fe (Art. 1198 C.C.); ésta incluye por ministerio de la ley un cúmulo de prestaciones accesorias en la obligación contractual y en sentido inverso, impide que el contratante pueda reclamar algo desleal o incorrecto. Pacífica doctrina autoral y jurisprudencial nacional y comparada exige que los contratos predispuestos celebrados por adhesión deben redactarse de manera clara, completa, en el lenguaje de la gente común y ser asequibles al adherente (...). Como recuerda Atilio Alterini no puede privarse al adherente de lo que razonablemente tenía derecho a esperar del contrato (...)".

---

(7) Gómez Calero, Juan, Los derechos de los consumidores y usuarios, Madrid, Ed. Dykinson, 1994, p. 81.

(8) Cámara Nacional de Comercio, Sala B. 28/4/98 "Finvercon S.A. c/ Pierro, Claudia", La Ley, diario del 11 de junio de 1996.

Creemos que es el principio general de la buena fe, en su función integradora, el que completa el cuatro de prestaciones expresamente pactadas en el contrato, imponiendo otros deberes accesorios (al igual que la obligación de seguridad). Entre estos deberes accesorios, que integran la prestación debida, es lógico pensar que el consumidor o usuario tiene una legítima expectativa respecto a que el bien o servicio reúna todas las características propias a su naturaleza. En otras palabras, que satisfaga las prestaciones propias de cada producto.

Es derivado de la buena fe que si determinado producto o servicio no cumple con las condiciones o características propias que son de esperar de un bien de esa clase o categoría, ello debe ser expresa y claramente informado al usuario o consumidor. Caso contrario, el consumidor o usuario podrá exigir que se cumpla con esas prestaciones propias del producto o servicio o en su caso resolver el contrato con la eventual indemnización de daños y perjuicios.

Al igual que lo expuesto, al analizar el Derecho comparado, sólo podrá eximirse de cumplir con la prestación propia de cada producto, el empresario, vendedor, distribuidor, prestador de servicios, etc., que en forma expresa y clara advierta tempestivamente al futuro adquirente o usuario sobre las características del bien o servicio en tanto estén por debajo del parámetro de las "prestaciones propias de cada producto".

IV. LA REFORMA DE LA LEY 24.240 FORMULADA POR LEY 24.999

Como es sabido, en el Boletín Oficial de la República Argentina del día 30 de julio de 1998, se publicó la Ley 24.999 modificatoria de la Ley 24.240.

La citada ley a través de sus escasos 5 artículos introduce modificaciones sustanciales a la Ley de Defensa del Consumidor. En todos los casos se trata de reformas que, sin duda alguna, vienen a ampliar el marco de tutela de los consumidores y usuarios, por lo que la modificación merece su aprobación.

En lo que a nosotros nos interesa y para los fines de este trabajo, recordamos que conforme el artículo 1 (uno) de la Ley 24.999, el artículo 11 de la Ley 24.240 queda redactado de la siguiente manera: "Artículo 11: *Garantías:* Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles, artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía

legal por los defectos que hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento (...).

Pensamos que esta verdadera garantía legal podrá funcionar en los casos en que estemos frente a un producto que no cumpla con las expectativas que le son propias.

Es así, v.gr. que una impresora que no imprime de ambos lados, no satisface las prestaciones que le son propias, por lo que salvo advertencia expresa y clara al respecto, el consumidor podrá hacer funcionar el sistema de garantía previsto en el nuevo artículo 11 de la Ley 24.240 (texto modificado por Ley 24.999).

LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA AMBIENTAL EN EL NAFTA

Por Tania García López (*)

I. LAS RELACIONES ENTRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

Nos encontramos, cada vez más frecuentemente, que la prevención y el control de la contaminación repercuten de distintas maneras en las relaciones entre los sujetos de la Comunidad Internacional.

Así, la mayoría de los países incluyen hoy por hoy, dentro de su política comercial, originada por su propio derecho interno o por los tratados internacionales firmados para la constitución de una forma de integración económica, como es el caso de la zona de libre comercio de América del Norte, la posibilidad de adoptar medidas comerciales basadas en objetivos ambientales, que lo que pretenden es proteger la libre competencia de sus productos frente a la producción extranjera que no hubiese tenido en cuenta los costes ambientales y, cuyos productos, por lo tanto, se encontrarían en una posición más ventajosa económicamente (1).

De esta manera, es habitual encontrar en los tratados de libre comercio algún tipo de cláusula de salvaguardia que permite a los países restringir e incluso prohibir las importaciones para buscar el "objetivo legítimo" de la protección ambiental.

---

*) Directora de la Escuela de Derecho. Universidad Anáhuac de Xalapa, México

(1) Cfr., Reed, Davis, Ajuste estructural, ambiente y desarrollo sostenible. Fondo Mundial para la naturaleza – WWF, Centro de Estudios del Desarrollo, CENDES, Ed. Nueva Sociedad, Venezuela, 1996, p. 32.

Se trata, en definitivas, a pesar de que haya un consenso internacional acerca de que el medio ambiente es uno y se encuentra totalmente relacionado entre sí y por lo tanto, todos los países deberían contribuir a su protección, de garantizar la libre competencia, de tal manera que no se creen distorsiones en el comercio debidas a motivos ambientales.

Esto fue, precisamente, lo que motivó inicialmente en la hoy Unión Europea la atención por parte de las Instituciones comunitarias por la cuestión ambiental; ya que, si la pretensión era crear un Mercado Común en el que circulasen libremente las mercancías, las personas, los servicios y los capitales, resultaba absolutamente necesario aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidían directamente en el funcionamiento del Mercado Común (2). Este era el caso de la legislación ambiental, ya que los niveles exigidos en cada uno de los Estado Miembros y plasmados en las normas jurídicas existentes para tal fin, eran muy diferentes.

A partir del Tratado de Maastrich de 1992(3) la situación cambia y el interés por el medio ambiente se ve reflejado en la creación de una nueva política común: la política ambiental europea (4), además de incluirse los objetivos ambientales dentro de los objetivos generales de la Unión (5).

Fuera de esta Comunidad, sin embargo, las relaciones entre comercio y medio ambiente continúan siendo un punto central en las negociaciones entre países, debido al aumento de los intercambios comerciales internacionales (6) y, por ello, las políticas de comercio y medio ambiente, hasta hace poco totalmente independientes entre sí, se discuten en nuestros días tomando en cuenta su respectivas implicaciones en el anhelado desarrollo sostenible (7).

---

(2) Artículo 100 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Roma, 1957.

(3) Tratado de la Unión Europea, Maaestrich, 1992. Reformado por el Tratado de Amsterdam de 1997.

(4) Título XIX, según de la numeración del Tratado de Amsterdam, 1997.

(6)Cfr., CEPAL, Centroamérica y el TLCAN: Efectos inmediatos e implicaciones futuras. México, 1995, p. 84.

(7) Cfr., López, Ramón, “Comercio y Medio Ambiente: Alternativas de Políticas para América Latina” en, Economía del Medio Ambiente en América Latina, Juan Ignacio Varas, Editor, México, 1999, pp. 39 y ss.

Quizás, el primer tratado internacional que pone en relación ambos aspectos sea la Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, que impone la prohibición absoluta de comerciar con las especies de flora y fauna amenazadas de extinción o que puedan llegar a estarlo.

Pero, esta estrecha relación entre comercio y medio ambiente plantea, cuanto menos, dos problemas:

— por una parte, a pesar de los objetivos ambientales expresados, cuando se toman medidas comerciales de esta índole se plantea si en realidad éstas no ocultan fines únicamente proteccionistas (9);

— además, el que se alcance un objetivo ambiental no significa que "ese resultado sea el mejor para una prudencia ambiental de conjunto, puesto que, en comparación, la reducción de las importaciones y un menor desarrollo podrían muy bien, haber obtenido al final, un mayor impacto negativo en el medio ambiente" (10).

Como señalábamos, la mayoría de los países, aun siendo parte en tratados internacionales de libre comercio, y de acuerdo al principio de que cada Estado tiene el derecho soberano de fijar su propia política ambiental y de desarrollo, suele mantener la opción de adoptar medidas de normalización que incluyen la posibilidad de prohibir la importación de algún bien por motivos de protección ambiental (11).

Al mismo tiempo, se establece claramente que cuando se adopte una de estas medidas, ésta no deberá implicar barreras encubiertas al comercio (12).

---

(8) Celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973.

(9) En este sentido, Hoffman, Helga, "Comercio y Medio Ambiente: ¿Luz verde o luz roja? En Revista de la CEPAL, Nº 62, Santiago de Chile, agosto 1997, pp. 133 y ss.

(10) Ibídem, p. 134.

(11) Vid, Moreira Rodríguez, Héctor (cood.), Entendiendo el TLC, Fondo de Cultura Económica, México 1995, pp. 217 y ss.

(12) Cfr. Belausteguigoitia Rïus, Juan Carlos, "Algunas consideraciones sobre el tratado trilateral de libre comercio y el medio ambiente", en Economía del medio..., op. cit., pp. 67 y ss.

Sin embargo, esto no siempre es así en la realidad. Como han señalado diversos autores, el sistema de cláusulas de escape previsto en el Acuerdo General sobre Aranceles de Aduana y Comercio (en adelante GATT) (13), que ha sido utilizado en ocasiones con la finalidad e evitar el "dumping ambiental", debido a "las vagas reglas sobre los supuestos para su imposición contenidas en dichas disposiciones y sobre la falta de control en la aplicación de tales medidas, aún puede ponerse en práctica con propósitos proteccionistas" (14).

Del mismo modo, ya desde la etapa de negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante NAFTA) (15), amplios sectores que se oponían a la firma del mismo apunaban que antes era necesario "elevar los estándares ecológicos y sociales que se contenían en las leyes mexicanas". Con esto se pretendía impedir que el nivel de los correspondientes estándares válidos en los dos países del norte tuviesen que disminuirse para evitar que México emprendiera una estrategia de fortalecimiento de la competitividad de su industria nacional, basada en los bajos estándares de protección que preveían sus legislaciones sociales y ecológicas (16).

II. LA PROTECCION AMBIENTAL EN EL NAFTA

Una vez en vigor el NAFTA, existen diferentes instrumentos que permiten a los Estados perseguir sus objetivos de protección ambiental, a través de:

— cláusula para solucionar las concurrencias normativas que pudieran darse entre lo dispuesto por el NAFTA y lo contenido en determinados tratados internacionales en materia ambiental (17).

---

(13) Acuerdo General sobre Aranceles de Aduana y Comercio de 1947. Modificado por el acuerdo de Marrakech de 1994.

(14) Rojas Amandi, Víctor Manuel, La Protección del Medio Ambiente en el TLCAN y la OMC, Oxford University Press, México, 2000, p. 20.

(15) Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994.

(16) Ibídem.

(17) Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, CITES, Washington, 1973; Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987; Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación, de 22 de marzo de 1989; Acuerdo sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos entre Canadá

En este supuesto se aplican las normas contenidas en dichos acuerdos en materia ambiental (18);

— cláusulas de escape para proteger la vida y la salud humana, la flora y la fauna y el medio ambiente, en general (19);

— cláusula de protección contra el dumping ambiental (20);

— cláusula de jurisdicción obligatoria del NAFTA en caso de controversias que surjan acerca de las normas de protección ambiental previstas(21);

— facultades de los paneles para valerse de aquellos medios adecuados para recabar las informaciones necesarias para preservar el medio ambiente(22);

— límites máximos para emisiones provenientes de automóviles producidos en América del Norte (23).

Sin embargo, no podemos obviar que aunque en el propio preámbulo del Acuerdo se señala que uno de los objetivos del mismo es "promover el desarrollo sostenible"(24) y emprender todas las medidas incluidas en el tratado de "manera congruente con la protección y la conservación del medio ambiente" (25), la integración que se da en los países de América del Norte es una integración funcional, no institucional, de tal manera que no existen instituciones con competencias para dictar normas de obligado cumplimiento para los países miembros, a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en al Unión Europea.

No se incluye, entonces, la posibilidad de armonizar las legislaciones en materia ambiental por parte de los Estados miembros, aunque en el Preám-

y Estados Unidos, Ottawa, 1986; Plan Integral Fronterizo para México y Estados Unidos, La Paz, 1993.

(18) Artículo 104 del NAFTA.

(19) Ibídem, Art. 904.1; Art. 1018; Art. 1709 a 2101.

(20) Ibídem, Art. 1114.

(21) Ibídem, Art. 2005, frac. 3 y 4.

(22) Ibídem, Arts. 2014 y 2015.

(23) Ibídem, anexo 300-A.3.

(24) Ibídem, considerando decimotercero.

(25) Ibídem, considerando decimoprimero.

bulo se subraye la necesidad de "reforzar la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental" (26).

Así las cosas, las controversias entre los tres países por cuestiones ambientales se presentan frecuentemente, ya que es bien sabido que en México, a pesar de que la legislación ambiental es completa, existen grandes problemas en cuanto a su aplicación real (27), además de que se mantiene, a pesar de las constantes recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) (28), una política ambiental basada en los estímulos fiscales y en los subsidios.

Los precios de los productos en México no reflejan los costes ambientales (29) y es necesario internalizar los costes ambientales de acuerdo al principio quien contamina paga.

Por otra parte, tanto Estados Unidos como Canadá son países con una legislación ambiental muy compleja y que se aplica totalmente, por lo cual no resulta extraño que surjan conflictos en los que habitualmente México es el país al que se le aplican las normas basadas en la protección del medio ambiente previstas en el NAFTA.

III. SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA AMBIENTAL EN EL NAFTA

Según el artículo 2003 del tratado los países acudirán en primer lugar, en caso de desacuerdo, a las consultas y a la cooperación, esforzándose "por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria".

---

(26) Ibídem, considerando decimocuarto.

(27) Existe un buen número de problemas en cuanto a la aplicación de la legislación ambiental, que van desde las carencias en cuanto a la inspección y control, hasta los supuestos de excepciones y negociaciones (p.e. Acuerdos entre administración y administrado) especialmente en los casos de industrias fundamentales para la economía del país y de las obras y actividades del sector público.

(28) De la que México es parte desde 1994.

(29) El precio de la energía en México sigue sin internalizar los costes ambientales; existen, todavía, subsidios en los precios del gas y de la electricidad por motivos sociales y económicos.

(30) Sobre la interpretación o aplicación del tratado.

En caso de no llegar a una solución (30), se deberá iniciar un procedimiento de solución de controversias (31).

En cuanto al foro en el que se dirimirán dichas controversias, caben distintos supuestos:

— Si en el tratado no se prevé un procedimiento específico, la parte reclamante podrá elegir entre resolver el asunto ante el foro del NAFTA o del GATT, siempre y cuando el tema objeto de controversia esté regulado por normas de ambos acuerdos (32) y las partes estén de acuerdo con el foro elegido, ya que, de no ser así, el asunto se resolverá en el foro del NAFTA.

— Sustanciación obligatoria ante el foro del NAFTA.

La parte demandada puede solicitarlo cuando:

— La controversia surge por la aplicación de los tratados internacionales en materia ambiental previstos en el Art. 194 (33).

— La materia del conflicto verse sobre la adopción o mantenimiento de medidas del sector agropecuario, sanitario o fitosanitario o de aplicación de normas técnicas que tengan como fin la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o en general del medio ambiente, incluidas las cuestiones científicas vinculadas directamente (34).

El NAFTA crea la Comisión de Libre Comercio, organización internacional gubernamental que tiene, dentro de sus obligaciones, la de resolver las controversias que pudiesen surgir respecto de la interpretación o aplicación del tratado (35).

Antes de iniciar el procedimiento, cualquiera de las partes puede iniciar un trámite de consultas tendiente a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria (36).

---

(31) Previsto en el capítulo XX.
(32) Artículo 2005, fracc. I del TLCAN.
(33) Ibídem, artículo 2005, fracc. 3.
(34) Ibídem, artículo 2005, fracc. 4.
(35) Ibídem, artículo 2001.
(36) Ibídem, artículo 2001.

Cuando, después de haber acudido a las sesiones de consultas, el asunto sigue sin ser resuelto se inicia el procedimiento a través de la Comisión, la cual puede formular recomendaciones (37), directamente a las partes o bien integrar un panel arbitral. Los paneles son tribunales arbitrales integrados por los miembros de una lista que se renueva cada tres años. Cada panel se compone de 5 miembros, de los cuales, el Presiente se elige de común acuerdo o por sorteo y los otros 4 se eligen de dos en dos por cada país de forma cruzada.

El panel puede recabar la información y la asesoría técnica de las personas o grupos que estime pertinente. Presentará a las partes contendientes un informe final, después del cual, las partes deberán convenir en la solución de la controversia, la cual, "por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel" (38).

El informe final del panel, entonces, no es obligatorio para las partes, ya que son éstas las que deben adoptar las resoluciones correspondientes, que deben consistir en la no ejecución o en la derogación de la medida disconforme con el tratado.

Faculta, sin embargo, el informe, para que, en caso de que no haya resolución, la parte reclamante suspenda la aplicación de beneficios de efecto equivalente hacia la parte demandada.

Se trata, en definitivas, de la posibilidad de adoptar las contramedidas previstas en el Derecho Internacional Público general como "reacción del sujeto afectado por el hecho ilícito de otro que persigue restaurar el respeto del Derecho" (39).

Las contramedidas previstas en el NAFTA son las represalias, medidas unilaterales, que suponen una ruptura de las obligaciones internacionales del Estado que las adopta.

Tradicionalmente se ha considerado que para que las represalias sean lícitas deben cumplir determinadas condiciones: (40)

(37) Sin carácter vinculante.

(38) Artículo 2017 NAFTA.

(39) Cfr., Diez de Velasco, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 644.

(40) Además del límite general consistente en la prohibición de represalias armadas.

— Imposibilidad de obtener satisfacción por otros medios.

— Existencia de un requerimiento desatendido.

— Proporcionalidad entre la respuesta y el hecho ilícito que la motiva(41).

Para garantizar este último requisito, el NAFTA señala cómo debe el país afectado proceder a la suspensión de beneficios: (42)

— En primer lugar se procederá a la suspensión de beneficios dentro del mismo sector o sectores afectados por la medida (declarada incompatible con el NAFTA).

— Si no es posible a juicio de la parte afectada, suspender beneficios en el mismo sector, podrá suspender beneficios en otros sectores.

Además, un nuevo panel puede determinar si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que se han suspendido.

Como podemos observar, el procedimiento de solución de controversias previsto en el NAFTA consiste en la remisión expresa por parte de los Estados a un procedimiento arbitral en el que, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento común de arbitraje internacional, la decisión del panel no es obligatoria para las partes y simplemente faculta al país afectado por la medida de otro contraria al tratado a adoptar medidas en el campo de la reacción, de la aplicación forzosa del Derecho Internacional Público previstas por el mismo ordenamiento jurídico internacional general

(41) Diez de Velasco M., Instituciones... op. cit., p. 645.
(42) Artículo 2019 del NAFTA.

LA REFORMA EDUCATIVA EN LAS PUERTAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL

Por Oscar Idilio Bogado Fleitas y Angel Yubero Aponte (*)

Como introducción hacemos referencia a las diferencias de la estructura organizacional actual y la urgente necesidad de proceder a la sustitución de la misma, que si bien en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, cumplió en su momento los fines buscados con su diseño, resultó al poco tiempo sobrepasado con el desarrollo de nuevas actividades de la educación en general. Por lo tanto, manifestamos a través de este trabajo, evitar la desazón por este evidente divorcio entre el actual organigrama, calendario escolar 2003-2004, y un Proyecto Educativo Institucional (P.E.I.) que presentamos, del cual solicitamos una urgente revisión, en consideración a los nuevos principios adoptados y a los requerimientos actuales de la educación que pensamos que será bien recibida por quienes sienten vocación por la materia que ella trata, pero en cuanto a su valor doctrinal y de investigación se añade el ingrediente de lo útil y lo práctico, esta recepción jubilosa se acrecienta. Y se acrecienta porque en manos de responsables como nosotros, o de cualquier ciudadano de esta sociedad moderna, quien tiene que enfrentarse con problemas prácticos y vivos, concretos y palpitantes, trae la ayuda, la luz de aquel que tras muchos años de estudios y de trabajo, ha ganado experiencias y conocimientos, como el caso de nuestros directivos actuales, que nos están orientando constantemente para el logro de nuestros objetivos, especialmente el señor Decano, Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea. Consideramos que la docencia es fuente de múltiples satisfacciones de orden moral e intelectual y, consecuentemente exige el cumplimiento de deberes por quienes la practican.

---

*) Directores Académicos del Turno Tarde y Noche de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

A nuestro juicio, uno de ellos, insoslayable para el profesor, es el de producir trabajos científicos que hagan perdurar los conocimientos que imparten en el aula, por eso manifestamos que la técnica, la economía y la política, vienen constantemente presionando para hacer cambiar muchos conceptos, y sobre todo, tienen consecuencia en la regulación jurídica de la educación, base indudable de la misma.

La Ley 1264/98 General de Educación, manifiesta en su artículo 1º: "*Todo habitante de la República tiene derecho a una educación integral y permanente que, como sistema y proceso, se realizará en el contexto de la cultura de la comunidad*"; en lo que hace a las Universidades en su artículo 8º hace mención que serán autónomas. Y que las mismas y los Institutos Superiores establecerán sus propios estatutos y formas de gobiernos y elaborarán sus planes y programas de acuerdo con la política educativa y para contribuir con los planes de desarrollo nacional, continúa diciendo dicho artículo que será obligatoria la coordinación de los planes y programas de estudios de la Universidades e Institutos Superiores, en el marco de un único sistema educativo nacional de carácter público.

El artículo 9º de la Ley mencionada precedentemente dice: "*Que son fines del sistema educativo nacional: a) El pleno desarrollo de la personalidad del educando en todas sus dimensiones, con el crecimiento armónico del desarrollo físico, la maduración afectiva, la integración social, libre y activa; b) el mejoramiento de la calidad de la educación...*"; artículo 10: "*La educación se ajustará, básicamente, a los siguientes incisos: inciso a) el afianzamiento cultural de la persona; g) la promoción de la excelencia; i) la proscripción de la arbitrariedad y la prepotencia en el trato dentro o fuera del aula y de la utilización de fórmulas cortesanas y adulatorias; j) la formación personalizada, que integre los conocimientos, valores morales y destrezas válidos para todos los ámbitos de la vida; l) la autonomía pedagógica, la atención psicopedagógica y la orientación laboral; inciso m) la metodología activa que asegure la participación del alumnado en los procesos de enseñanza y aprendizaje; n) la evaluación de los procesos y resultados de la enseñanza y aprendizaje, así como los diversos elementos del sistema*".

La Ley 1264/98 en su Capítulo IV de La Política Educativa artículo 19: "*El Estado definirá y fijará la política educativa en consulta permanente con la sociedad a través de sus instituciones y organizaciones involucradas en la educación respetando los derechos, obligaciones, fines y principios establecidos en esta Ley.*

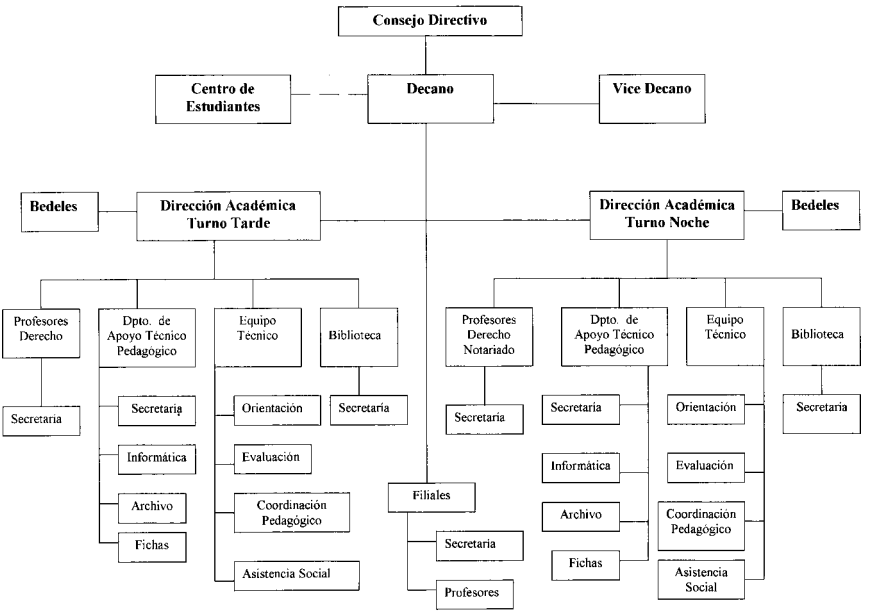
La política educativa buscará la equidad, calidad, la eficacia y la eficiencia del sistema, evaluando rendimientos e incentivando la innovación...". Continúa la Ley en su Sección VI Educación Superior: artículo 47: "*Que la Educación Superior se ordenará por la Ley de Educación Superior y se desarrollará a través de Universidades e Institutos Superiores y otras instituciones de formación profesional de tercer nivel"; artículo 48: "Son Universidades las instituciones de educación superior que abarcan una multiplicidad de áreas específicas del saber, en el cumplimiento de su misión de investigación, formación y capacitación profesional y servicio a la comunidad*".

Si bien todo lo mencionado precedentemente hace mención a la Ley General de Educación y a los aspectos que ella trata con respecto a las Universidades, no olvidemos que la Reforma Educativa del Paraguay concluye en el año 2004,donde la Educación Media está formando jóvenes que estarán en condiciones de aprovechar y utilizar durante toda la vida, cada oportunidad que se les presente para actualizar, profundizar y enriquecer sus conocimientos de modo a realizarse como persona, en un mundo en permanente cambio.

Para cumplir con este gran desafío el currículo adoptado por la Reforma gira en torno a los cinco Pilares de la Educación establecidos por la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XX de la UNESCO; dichos pilares son: "*El de aprender a conocer"*; "*Aprender a hacer*"; "*Aprender a vivir juntos*"; "*Aprender a ser*"; "*Aprender a emprender*", con sus consecuentes filosofías. Entonces estamos ante una Reforma Educativa de la Educación Media, que plantea aprendizajes útiles y significativos que deberán adquirir los/las jóvenes de este nivel educativo que posteriormente se trasladarán a las Universidades; éstos apuntan al desarrollo de competencias que contribuyan a enfrentar los retos que la realidad social les exige, planteando la integración de conocimientos, aptitudes, habilidades, destrezas, actitudes y valores. En este contexto, la evaluación del aprendizaje está orientada al logro de competencias, la cual requiere mecanismos de evaluación efectivos y apropiados que permitan evidenciar las capacidades adquiridas, conforme con los Pilares de la Educación enunciados precedentemente.

De esta manera, la formulación, gestión y evaluación del organigrama, calendario 2004, presentado al señor Decano y principalmente el Proyecto Educativo Institucional (P.E.I.), constituye un verdadero desafío, para el cual el Equipo Directivo, Administrativo y Docente se posicionarán como autores de contextualización curricular, acordando respuestas urgentes, que permitirá progresivamente la excelencia educativa, que se debe desarrollar en el seno

de la institución y que sea la más adecuada posible a las necesidades de los/las estudiantes, a las cualidades profesionales del equipo docente y a las demandas y necesidades de la comunidad y el entorno en el que se encuentra la facultad, teniéndose en cuenta la ideología de perspectivas y compromisos educativos de los profesores, ideas sobre las que se fundamentan las prácticas en el aula, las relaciones entre el profesor, los alumnos y el conocimiento. Por eso concluimos que en este contexto, los equipos de conducción, líderes del Proyecto Educativo Institucional, tendrán un papel central como impulsores del cambio y la innovación curricular, a potenciar las capacidades individuales y facilitar la articulación, abriendo nuevos caminos de participación y acción. Especial importancia tendrán también los/las Jefes/as de Areas, que componen cada cátedra, al tener que organizarse y dinamizar acertadamente su equipo de trabajo, de forma que se cohesione y sea realmente productivo, con el objeto de dar cumplimiento a los fines de la Educación Paraguaya, que busca mujeres y hombres, que construyan su personalidad, se califiquen profesionalmente y afirmen su identidad nacional y sus culturas, como la de estimulación al desarrollo de los valores, la creatividad, el pensamiento crítico, que también en gran parte es responsabilidad de los docentes a la orientación de los mismos.



ASPECTOS RESALTANTES DE LA PECULIAR LEY 194, QUE REGULA LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE FIRMAS DEL EXTERIOR Y SUS REPRESENTANTES, AGENTES Y DISTRIBUIDORES EN EL PARAGUAY

Por Wilfrido Fernández (*) **y**
Alejandro Piera (**)

1. INTRODUCCION

La relación contractual de distribución, agencia y representación entre fabricantes o firmas del exterior (en adelante denominados "firmas extranjeras") y personas físicas o jurídicas (en adelante denominadas "parte nacional") domiciliadas en el Paraguay, está regulada por las disposiciones conte-

---

*) Miembro del Consejo de la Federación Interamericana de Abogados, ex Presidente del Comité de Propiedad Intelectual de dicha Federación, ex Presidente del Comité del MERCOSUR, de la Asociación Internacional de Marcas, Mediador y Arbitro de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Foro de Arbitraje Internacional y del Centro Internacional de Propiedad Intelectual de la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor de Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Obtuvo el grado académico de "Doctor en Derecho" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y el Masterado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, EE.UU.

**) Profesor Auxiliar de Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay; obtuvo una maestría en Derecho de la Universidad McGill - Canadá, y el título de Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

nidas en la Ley N° 194 (en adelante denominada "Ley 194") (1). Se aplican, además, ciertas disposiciones del *Código Civil Paraguayo.* La Ley 194 incluye el criterio de indemnización a ser aplicado para los casos de terminación de la relación contractual entre las partes sin motivo justificado.

Esta ley constituye la aprobación legislativa, con numerosas enmiendas, del original Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1991 (en adelante denominado "Decreto Ley N° 7") (2), promulgado tres años antes que la Ley 194. Las modificaciones introducidas por la Ley 194 dentro del antiguo régimen del Decreto Ley N° 7 son bastante imprecisas, presentando frecuentemente asimismo muchas vaguedades. Las mismas crean lagunas que llevan a varias preguntas sin respuesta. También deja dudas con relación a innumerables cuestiones. Algunas de ellas son analizadas en este artículo. Sin embargo, para un mejor entendimiento, se examinarán también en la presente algunas de las disposiciones del antiguo Decreto Ley N° 7, aunque hace tiempo sin efecto legal.

2. ANTECEDENTES

Durante la década de los 90, y en particular durante la presidencia de Andrés Rodríguez (del 3 de febrero de 1989 al 15 de agosto de 1993), el Paraguay deseaba implementar una sólida y profunda política de apertura comercial. Con esto último se procuró colocar nuevamente al país dentro del comercio internacional y el orden mundial, del cual estuvo aislado por un período de tiempo bastante prolongado en épocas anteriores. Sin embargo, en los primeros años del gobierno de transición de Andrés Rodríguez, el Congreso de la Nación Paraguaya aprobó un gran número de leyes que tenían por objetivo crear la infraestructura legal apropiada para atraer capitales extranjeros, fomentando las inversiones, incentivando la participación de empresarios locales en las actividades de importación y exportación, y aumentando en forma global las transacciones comerciales.

---

1) Ver Ley N° 194/1993, que aprueba las modificaciones del Decreto Ley N° 7 del 27 de marzo de 1991, el cual establece el Régimen Legal de las Relaciones Contractuales entre Fabricantes y Firmas Extranjeras y Personas Físicas o Jurídicas domiciliadas en el Paraguay, promulgada el 6 de julio de 1993.

2) Ver Decreto Ley N° 7/1991, que regula los Contratos de Distribución, Agencia y Representación de Productos y Servicios entre Fabricantes y Firmas Extranjeras y Personas Físicas o Jurídicas domiciliadas en el Paraguay, firmado el 27 de marzo de 1991.

El Congreso Nacional planeó mejorar la producción y circulación de mercaderías y servicios, factores que podrían eventualmente aumentar de manera positiva el producto nacional bruto, mejorando con ello la calidad de vida de los paraguayos. Del mismo modo, durante este período de transición se realizó la reforma impositiva más importante.

A pesar de la aparente intención legislativa de establecer el régimen legal adecuado para reactivar la economía nacional durante estos primeros años de transición, tanto el Decreto Ley N° 7 como la Ley 194 son el resultado de una intensa presión ejercida por ciertos grupos de empresarios paraguayos.

La promulgación del Decreto Ley N° 7 paradójicamente tuvo lugar un día después de la firma del Tratado de Asunción que creaba el Acuerdo del MERCOSUR (Mercado Común del Cono Sur), firmado el 26 de marzo de 1991. La ratificación del Acuerdo del MERCOSUR por parte del Congreso de la Nación fue posterior a la promulgación del Decreto Ley N° 7. En este sentido, es también importante resaltar que Paraguay ratificó la Ronda Final de Uruguay, y se adhirió consecuentemente a la Organización Mundial de Comercio *(*en adelante denominada "OMC") en 1994, luego de promulgarse el Decreto Ley N° 7 y la Ley 194. En el presente trabajo se hace también una evaluación, en el sentido de si la promulgación de la Ley 194 cumple con los compromisos internacionales y regionales del Paraguay como miembro de la OMC y del MERCOSUR.

Al analizar más profundamente el preámbulo y las observaciones preliminares del Decreto Ley N° 7, se puede también comprender que originalmente tenía el propósito de proteger a la parte local, la mano de obra paraguaya, y consecuentemente, trataba de impedir un impacto económico negativo ocasionado por la terminación contractual inesperada e imprevista entre las partes.

3. SUPOSICIONES CREADAS POR LA LEY 194

La Ley 194 asume que la importación y exportación de productos, así como la prestación de servicios realizados por representantes, agentes y distribuidores locales de firmas extranjeras, tienen suma importancia para el fomento de la economía del país. Conforme a ello se podría eventualmente originar nuevos puestos de trabajo y aumentar la renta nacional, no solamente dentro del sector privado, sino que también podría beneficiar ciertas actividades realizadas por el Estado dentro de su esfera pública.

Es indiscutible que la Ley 194 presupone que las firmas extranjeras poseen un poder de negociación mucho más fuerte al participar en relaciones contractuales con sus contrapartes nacionales. Este régimen legal parece asumir que en todos los casos las firmas extranjeras cuentan con recursos únicos desde el punto de vista tanto financiero como tecnológico. Esta situación crea un campo de acción desigual que necesita ser equilibrado de alguna manera. Los locales son considerados como "la parte típicamente débil". Bajo el régimen establecido por la Ley 194, los nacionales "frágiles" parecieran estar desprotegidos de la fuerza inconmensurable de las firmas extranjeras. Este régimen legal parece asumir que en todos los casos las firmas extranjeras se encuentran en una posición superior frente a la parte local.

Estos factores crearían una posición dominante que permitiría a las firmas extranjeras controlar e imponer fácilmente el curso de las negociaciones, conforme a sus necesidades. Se podría argumentar a favor de este razonamiento que el panorama se agravaría por el hecho de que lo típico es establecer este tipo de relaciones contractuales por medio de contratos de adhesión, donde generalmente -aunque no siempre- las partes pueden introducir muy pocas modificaciones.

La pregunta que surge entonces es, si ésta es una presunción *jure et de jure*, o si las partes, basadas en la realidad, pueden probar lo contrario. Lamentablemente, lo primero es bastante cuestionable, en particular si se tiene en cuenta alguna jurisprudencia reciente, la cual será analizada más adelante en este artículo, y también por el hecho que esta ley es considerada como una norma de orden público, la cual no puede ser contrariada por la autonomía de las partes. Siendo así, este régimen serviría como delimitación y demarcación incuestionables para la autonomía de las partes, que participan en este tipo de relaciones contractuales.

La opinión de los autores paraguayos está dividida con respecto a los resultados de la Ley 194. Algunos opinan que la misma es una contribución vital para el desarrollo de la economía del país. Además, con la promulgación de la misma, la legislación sólo busca proteger a la parte nacional de los abusos cometidos normalmente por firmas extranjeras, las cuales gozan normalmente de una posición dominante en las negociaciones. Esta línea de razonamiento sostiene que la Ley 194 no crea obstáculos ni barreras para el curso normal del comercio. Tampoco crea un escenario monopolizador (3).

3) Ver Esteban Burt, "Ley de Representación, Agencia y Distribución" (1999), Revista Jurídica La Ley Paraguaya S.A., Vol. 22, pág. 382.

Por otro lado, otros autores han expresado serias preocupaciones con respecto a la constitucionalidad de la Ley 194, la cual desde su promulgación estableció un sistema discriminatorio desigual para las firmas extranjeras (4). En caso de acaecer estas situaciones, las mismas estarían expresamente prohibidas por la Constitución paraguaya.

En el caso "*Electra Amambay S.R.L. c/. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas"* (5), la Corte Suprema de Justicia del Paraguay argumentó que la Ley 194 era de carácter especial, y que la misma establece los criterios para la relación contractual de las partes, delimitando mediante la misma sus derechos y obligaciones. La Corte Suprema de Justicia va más allá y menciona que con la promulgación de la Ley 194, el legislador equilibra el campo de acción desigual de la relación contractual entre las partes involucradas, estableciendo la indemnización a ser abonada por las firmas extranjeras en casos de terminación contractual sin motivo justificado. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia expresó en su fallo que el régimen legal establecido por esta ley no crea ninguna situación desigual, ni es discriminatoria con respecto a las firmas extranjeras. Por lo tanto, la Ley 194 no iría en contra del principio de "igualdad ante la ley", de acuerdo a lo establecido en la Constitución del Paraguay. En este caso específico, la Corte Suprema de Justicia no pudo hallar ninguna inconsistencia en la Ley 194 con la *Constitución del Paraguay.*

Si bien se reconoce que existen ciertas situaciones, en las cuales la parte extranjera se beneficia debido a una posición predominante, este artículo sostiene el argumento que no debe asumirse que en todas las circunstancias la parte local enfrenta la "incuestionable superioridad" de las firmas extranjeras. *Ab initio,* la ley no debe presuponer esto sin admitir cualquier evidencia contraria. Una suposición *juris tantum* sería mucho más recomendable, dejando la puerta abierta a las partes para probar lo contrario. Finalmente, los tribunales deben determinar y analizar una situación de hecho basándose en cada caso particular, en lugar de considerar una presunción fija establecida por la ley.

---

4) Ver Luis A. Breuer, "Paraguay Necesita Revisar su Legislación sobre Representación, Agencia y Distribución (Ley 194/93)" (1999), Revista Jurídica, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Centro de Estudiantes de Derecho, Vol. VIII, pág. 154.

5) Ver "Electra Amambay S.R.L. c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas", sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay – S.D. N° 827, del 27 de noviembre del 2002.

4. EL *FUNDAMENTO* DETRAS DE LA PROMULGACION DE LA LEY 194

Con la promulgación de la Ley 194, el legislador ha intentado conceder un mayor nivel de garantía y seguridad para las partes involucradas, con lo cual las relaciones contractuales fuesen más previsibles, y las partes conocieran las reglas del juego desde el inicio de las tratativas. Al respecto, la Ley 194 procuraba salvaguardar y proteger el desarrollo normal de estas relaciones contractuales. De hecho, el legislador pensó que era necesaria la promulgación de una regulación para lograr estos objetivos. Quizás esto se debe al hecho de que un gran número de países también ha promulgado una legislación al respecto.

Debido al desigual y desequilibrado campo de acción, conforme a lo mencionado anteriormente, el legislador pensó que autorizando la Ley 194 esto último, constituiría una respuesta efectiva al contrato de adhesión abusivo generalmente ejercido por las firmas extranjeras. Ello serviría de esquema de equilibrio para la parte local. Sin embargo, la promulgación de la Ley 194 no solamente preveía la protección de la parte local frente a las firmas extranjeras, sino también la expansión de relaciones comerciales continuas entre las mismas.

Si uno de los objetivos era el fomento al comercio mediante la continuación de estas relaciones contractuales, puede ser lógico pensar –en principio- que la Ley 194 fue también aprobada como un medio para impulsar la economía. Considerando que la Ley 194 regula las reclamaciones de compensación por terminaciones injustificadas, puede argumentarse asimismo que la misma también procura proteger la mano de obra local contra terminaciones contractuales imprevistas. En caso de ocurrir lo último, ello resultaría de hecho en la pérdida de un gran número de puestos de trabajo, con su inevitable implicación negativa para la economía nacional. Por lo tanto, se hace obligatorio evaluar si mediante la promulgación de la Ley 194 se ha logrado el fomento al comercio y el crecimiento de la economía. Más adelante se comentará sobre este análisis.

5. DEFINICION DE LOS TERMINOS “REPRESENTACION”, “AGENCIA” Y “DISTRIBUCION”

Los términos “Representación”, “Agencia” y “Distribución” se definen en la Ley 194. Representación significa la “autorización otorgada por el contrato debidamente instrumentado, para que una persona natural o jurídica,

domiciliada en la República, gestione y realice transacciones comerciales para la promoción, venta o colocación, dentro del país o en cualquier otra área determinada, de productos o servicios proveídos por un fabricante o firmas extranjeras" (6).

El término "Agencia" se refiere a la "relación contractual debidamente instrumentada, por la cual un fabricante o firma extranjera faculta a una persona natural o jurídica, domiciliada en la Republica, a intermediar en la gestión, realización, o conclusión de negocios o contratos con clientes dentro del país o cualquier otra área determinada, para la promoción, venta o colocación de productos o servicios, mediando el pago de una comisión (7).

El término "Distribución" se refiere a la "relación contractual debidamente instrumentada entre un fabricante o firma extranjera y una persona natural o jurídica domiciliada en la Republica, para la compra o consignación de productos, con el fin de revenderlos dentro del país o en cualquier otra área determinada" (8). Un contrato de distribución implica sólo la compra de productos. El mismo no cubre la prestación de servicios. El distribuidor procura revender los productos. Sus ganancias provienen de la expansión entre la compra y el precio de reventa de un ítem particular.

Puede ser difícil distinguir entre estos tres tipos de relaciones contractuales, considerando que en la práctica todas ellas pueden estar estrechamente relacionadas. La Ley 194 establece una ecuación para calcular la compensación de daños que la parte local pudiere reclamar a las firmas extranjeras por terminación injustificada de la relación contractual.

6. ALCANCE DE LA LEY 194

El principal punto de conexión de la Ley 194 es determinar que su alcance de aplicación es el criterio de domicilio. Al respecto, la ley es aplicable a la parte local cuando los agentes, distribuidores o representantes están domiciliados en el país. La ley no considera sus nacionalidades. Por lo tanto, la misma se aplicaría a un agente argentino con domicilio permanente en el país, quien es parte de una relación contractual con una firma extranjera. La Ley 194 se aplica a personas físicas o jurídicas, sean éstas locales o extranjeras.

6) Ver Ley N° 194, supra nota, Art. 2, Inc. A.
7) Ibid. Art. 2, Inc. B.
8) Ibid. Art. 2, Inc. C.

Otro aspecto importante de su alcance es el territorio de aplicación. *A priori*, la Ley 194 sólo rige las relaciones contractuales que pretenden realizarse en el país. Esto significa que el producto o servicio debe ser entregado en el país. Sin embargo, el legislador también dejó la puerta abierta a la posibilidad para que las partes pudieran celebrar contratos en cualquier otra "área determinada". Esto último no está definido claramente por la ley.

Al realizarse una interpretación amplia de la misma, podría argumentarse que la ley sería aplicable aun cuando las partes deciden acordar en realizar la representación, agencia o distribución de productos y servicios en el territorio de otro país, siempre que la parte local esté domiciliada en el Paraguay, y las firmas extranjeras tengan su lugar principal de negocios en el exterior.

Este panorama hipotético podría ocurrir eventualmente, si el Paraguay fuese considerado como "centro regional", desde donde se comercialicen productos y servicios a países limítrofes. Esto no está expresamente prohibido en las disposiciones de la Ley 194. En consecuencia, este artículo sostiene la teoría que si un acuerdo de este tipo incluye el territorio de otro país además del Paraguay, la Ley 194 puede ser aún aplicable, siempre que se cumplan los requisitos de domicilio anteriormente mencionados.

7. RIESGO DE "VENTAS AISLADAS DE MERCADERIAS"

Han existido también algunas controversias con relación a la aplicación de la Ley 194, con respecto a los sucesivos contratos de venta de productos. Las partes locales han reclamado que estos contratos crean una relación de representación, agencia o distribución con firmas extranjeras. En consecuencia, no pueden ser considerados como ventas aisladas, sino como parte de una relación existente hace mucho tiempo, la cual lógicamente tendrá efecto por un período de tiempo mucho más largo. Estas ventas no sólo son actos jurídicos aislados. Aclarado este punto, y hablando en general, un contrato de venta de mercaderías no termina necesariamente dentro de este tipo de relaciones. Este artículo sostiene que la pregunta es una cuestión de hecho que los tribunales deben estudiar cuidadosamente, considerando cada caso en particular.

A contrario, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay ha expresado recientemente que "no es lógico pensar que los fabricantes extranjeros puedan tener interés en una simple transacción de venta de mercaderías." La relación entre las partes puede ir más allá de esta transacción. La relación debe

ser instrumentada (9). De acuerdo a lo estipulado en esta sentencia de la Corte Suprema, se puede esperar razonablemente ver una tendencia dentro de los tribunales inferiores a extender la aplicación de la Ley 194 a contratos sucesivos de venta de mercaderías. Este es un riesgo que no puede ser ignorado por las firmas extranjeras cuando deciden participar en relaciones contractuales con firmas paraguayas.

8. ALGUNOS ASPECTOS IMPORTANTES DE LA RELACION CONTRACTUAL. EXCLUSIVIDAD

Uno de los elementos más importantes en este tipo de relaciones contractuales, es si las mismas son exclusivas o no. Bajo el alcance de la ley, la autonomía de las partes puede decidir celebrar un contrato que sea exclusivo o no. La Ley 194 no impide la exclusividad entre las partes, ni tampoco impone restricciones de ningún tipo. Además, la Corte Suprema de Justicia reconoció que la Ley 194 no viola los principios de competencia leal e igualdad ante la ley (10).

Se entiende que la naturaleza exclusiva de estas relaciones implica el aspecto territorial y personal de las mismas. Excepto cuando se establece expresamente lo contrario por las partes integrantes del contrato, un contrato exclusivo implica que la firma extranjera está obligada no sólo a no invadir el territorio exclusivo otorgado a la parte local, sino que también la misma debe comprometerse a obligar a otros agentes de su red a abstenerse de hacerlo, en caso de ser este el caso.

9. OBLIGACION DE REGISTRAR EL CONTRATO

La Ley 194 impone la obligación de las partes a registrar el contrato en los Registros Públicos. La ley menciona también que debería crearse una sección especial para registrar este tipo de contratos. Actualmente, esta sección especial no ha sido aún creada por la autoridad competente. Sin embargo, las partes todavía pueden registrar el contrato en el Registro Público de Comercio, Sección Contratos, donde se inscriben normalmente todos los demás contratos.

Esta no es la sección especial indicada en la Ley 194. Es importante mencionar que el registro de estos contratos en los Registros Públicos no es

9) Ver supra nota 5.
10) Ibid.

una práctica común establecida entre los empresarios. Quizás esto se deba al hecho que no existen sanciones para el caso de no hacerlo. Teóricamente, el principal objetivo de este registro es hacer que el contrato tenga validez legal frente a terceros. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores han reconocido que este tipo de acuerdos tiene validez sólo entre las partes integrantes de la relación contractual (11).

Por lo tanto, puede preguntarse por qué la ley impone una obligación de registrar el acuerdo, cuando éste sólo tiene validez para las partes involucradas. El mismo no es aplicable *erga omnes*. Aclarado este punto, los autores de este artículo no avizoran los reales beneficios de registrar el contrato en los Registros Públicos.

10. IMPORTACIONES PARALELAS

La Ley 194 no trata directamente la cuestión de las importaciones paralelas. En muchos casos, las partes locales han iniciado un gran número de acciones legales en un intento de evitar e impedir la comercialización dentro del mercado paraguayo de mercaderías y servicios que han sido adquiridos legalmente en el exterior de otras firmas que no son parte de una relación de representación, agencia o distribución.

Estos casos han sido presentados ante los Juzgados de Primera Instancia, en la jurisdicción civil y comercial. En general, éstos fueron muy receptivos a las peticiones formuladas por las partes locales, que exigían la prohibición de las importaciones paralelas. Independientemente a lo mencionado anteriormente, varias de las Salas de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial han mantenido de manera consistente que la naturaleza exclusiva de un contrato de representación, agencia o distribución es solamente aplicable y tiene efecto legal entre las partes integrantes de dicha relación (12).

También han expresado que el demandante (parte local) no puede pretender, por medio de una medida cautelar, obtener la prohibición de importar productos de una marca en particular dentro del país, sin probar una infrac-

11) Ibid. Ver "Excepción de Inconstitucionalidad: Cinco Estrellas S.R.L. c/ James Buchanan & Company Limited s/ cumplimiento de contrato y restitución de gastos". Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay el 5 de diciembre de 1988, publicada en La Revista Jurídica La Ley Paraguaya S.A. (1988), pág. 845.

12) Ver supra nota 11.

ción o falsificación de la misma. En caso de aceptarse tal intención del demandante, ello representaría la formación de un monopolio ilícito en el mercado, que afectaría directamente la libre competencia. Esto último está expresamente prohibido por la *Constitución del Paraguay*, como ha sido decretado en el caso de Galerías Guaraní (13).

En este caso particular, se reconoció también que la parte local de un contrato de representación, agencia o distribución no puede exigir a otro importador la obligación de pagar una comisión o derecho por la importación lícita de productos, siempre y cuando sean auténticos. Muchos de estos casos ocurrieron antes de la promulgación de la *Ley de Marcas de 1998* y la *Ley de Patentes del 2000*. Estos dos nuevos instrumentos legislativos reconocen expresamente el principio internacional de agotamiento de derechos, y por ello nuestra legislación posibilita ahora sin duda alguna las importaciones paralelas.

Además, a nivel regional debe mencionarse que el *Protocolo del MERCOSUR que armoniza las Normas sobre Marcas, Indicaciones Geográficas e Indicaciones de Origen* no contiene una estipulación clara acerca del tipo de agotamiento estructurado. Actualmente, de todos modos sólo Paraguay y Uruguay han ratificado este Protocolo. Lamentablemente, Brasil y Argentina no lo hicieron. Es también importante advertir que Brasil es el único país dentro de la región del MERCOSUR que hasta ahora estipula una norma clara de agotamiento nacional dentro del campo de la Propiedad Intelectual. Argentina, Uruguay y Paraguay han adoptado el enfoque internacional, al igual que la Comunidad Andina.

11. LEY DE NATURALEZA DE ORDEN PUBLICO

El principio de autonomía de las partes es reconocido por la Ley 194 en una extensión limitada. Sin embargo, esta ley se considera como una norma de orden público. Esto ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia en una decisión reciente. La Corte Suprema de Justicia ha ido más allá al declarar que la Ley 194 no fue promulgada en defensa del interés de un sector particular de personas, sino que más bien es aplicable a todas las personas en general (14). La autonomía de las partes no puede violar las disposiciones

13) Ver "Galerías Guaraní S.A. c/ Dirección General de Aduanas", Resolución N° 45 del 16 de mayo del 2001, sentencia dictada por la Cuarta Sala del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial – Asunción, publicada en la Revista Jurídica La Ley Paraguaya S.A., (2001), pág. 1318.

14) Ibid.

contenidas en la Ley. Las partes tampoco pueden renunciar a los derechos que les otorga la ley, o acordar sumas compensatorias que sean menores a las establecidas por la ley.

12. FORMA Y EVIDENCIA DE LA RELACION CONTRACTUAL

De acuerdo a la Ley 194, las relaciones de representación, agencia y distribución deben estar debidamente instrumentadas por medio de un contrato (15). Al respecto, el *Código Civil Paraguayo* establece también que todos los contratos que implican sumas más elevadas equivalentes a diez salarios mínimos diarios, deben realizarse por escrito (16).

La exigencia de un contrato es para las relaciones que han sido concluidas luego de la promulgación de la Ley 194. Para aquellas relaciones que se han iniciado antes de dicha promulgación, la Ley 194 otorga a la parte local la posibilidad de demostrar la existencia de la relación contractual por otros medios, incluyendo, pero no limitado a:

i) cartas de autorización para actuar como representantes, agentes o distribuidores en el mercado paraguayo, otorgadas por firmas extranjeras;
ii) facturas que demuestren que las ventas se han realizado mediante dichas cartas de autorización;
iii) pago de comisiones por transacciones realizadas durante los últimos dos años anteriores a la promulgación de la ley;
iv) gastos de propaganda y publicidad incurridos por la parte local, con la aprobación de las firmas extranjeras;
v) reclamaciones realizadas por la parte local a firmas extranjeras por la falta de pago de comisiones o gastos relacionados con las transacciones realizadas por la parte local.

Estos son sólo algunos de los ítems que pueden ser utilizados como evidencia para demostrar la existencia de la relación contractual entre las partes, la cual se haya iniciado antes de la promulgación de la ley. Nada de lo contenido en la legislación paraguaya prohíbe a las partes presentar otros elementos como evidencia. Por ejemplo, estos otros factores podrían ser la

15) Ver supra nota 4, Art. 4.

16) Ver Código Civil Paraguayo, Art. 706. Actualmente, un salario mínimo diario equivale a aproximadamente US$ 6. Por lo tanto, todos estos tipos de contratos implican un monto más elevado que el fijado por la ley. Inexorablemente en la práctica todos los contratos deben realizarse por escrito.

autorización otorgada a la parte local para obtener registros sanitarios, solicitar marcas de fábrica y/o cualquier otro derecho de propiedad intelectual, obtención de licencias de cualquier tipo, conforme a lo exigido por las autoridades administrativas competentes, los cuales pueden exigirse para iniciar la comercialización de productos o la prestación de servicios dentro del país.

A la luz de lo mencionado anteriormente, cualquier tipo de comunicación entre las partes realizada por escrito podrá utilizarse como evidencia. Al respecto, las partes pueden presentar télex y facsímil, conforme a la normativa.

Existe jurisprudencia que vale la pena mencionar con relación a este punto en particular. Al respecto, *in rem "MAKROSA C.I.S.A. c/ Kimberly Clark Corp. U.S.A."*, la relación contractual se inició luego de la promulgación de la Ley 194. La parte local alegó haber incurrido en enormes gastos de publicidad y propaganda para introducir el producto "HUGGIES" dentro del mercado paraguayo. La demandante sostuvo también que la terminación inesperada de la relación le ocasionó pérdidas financieras importantes. A fin de demostrar la existencia de esta relación, la demandante presentó expertos testigos dentro del período probatorio del proceso, con el objeto de demostrar el volumen de las ventas del producto "HUGGIES" realizadas por la parte local en el mercado paraguayo.

En su sentencia, la Segunda Sala del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Asunción rechazó la reclamación de la demandante (parte local), basado en el hecho que esta última no presentó el contrato por escrito como evidencia, el cual es exigido según las disposiciones de la Ley 194(17). Una sentencia similar fue emitida en el caso "*Alicia D. García Lequizamón c/ Cervecería Paraguaya S.A.*"

13. CAUSAS JUSTIFICADAS PARA LA TERMINACION DE LA RELACION CONTRACTUAL

Las firmas extranjeras pueden terminar, cancelar, revocar, modificar o abstenerse de prolongar la relación contractual sin tener que pagar una indemnización a la parte local, de acuerdo a lo contemplado en el esquema compensatorio de la Ley 194, siempre que sea por un motivo justificado.

17) Ver "Makrosa C.I.S.A. c/ Kimberly Clark Corp. U.S.A.", Resolución N° 191 del 21 de diciembre del 2001, sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, publicada en la Revista Jurídica La Ley Paraguaya S.A., (2000), pág. 60.

La Ley incluye solamente seis situaciones, las cuales se consideran como motivo justificado, a saber:

i) Incumplimiento de las cláusulas del contrato;
ii) Fraude o abuso de confianza;
iii) Ineptitud o negligencia del representante, agente o distribuidor;
iv) Disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivos imputables a la parte local;
v) Cualquier acto atribuible a la parte local que redunde en perjuicio de la buena marcha en la comercialización de los productos o servicios.
vi) Conflicto de intereses.

La disminución en las ventas no se considera como un motivo justificado, cuando ello se debe a cuotas o restricciones impuestas a las importaciones, o cuando la caída de las ventas fuese por *fuerza mayor* debidamente justificada. Con relación a las ventas, vale la pena mencionar que bajo el régimen de la Ley 194, hasta tanto la parte local haya actuado diligentemente y haya ejercido apropiadamente el deber de cuidado apropiado, no se le puede atribuir como falta suya la disminución de las ventas. Si ello fuere así, no puede considerarse como motivo justificado para la terminación de la relación contractual.

La situación de conflicto de intereses ocurre cuando la parte local vende un producto, o presta un servicio que figura en el mismo campo de competencia que aquellos suministrados por la firma extranjera, frecuentemente violando las cláusulas de exclusividad y confidencialidad en el contrato de representación, agencia o distribución.

La lista mencionada anteriormente es exhaustiva. Ninguna otra situación puede ser considerada como motivo justificado. Por ejemplo, la expiración del plazo de un contrato no puede ser invocada por la firma extranjera como motivo justificado. De acuerdo al esquema de la Ley 194, todos los contratos parecerían ser *sine die.* Una tesitura con la cual no concordamos en absoluto.

14. ¿COMO TERMINA EL CONTRATO LA PARTE EXTRANJERA?

Aun cuando existiere un motivo justificado, el cual pudiere autorizar a la parte extranjera para terminar el contrato sin pagar una indemnización a la parte local, la primera deberá otorgar a la segunda un plazo de 120 días para solucionar esta situación. Aunque la ley no lo menciona, se puede asumir que la parte extranjera debe notificar por escrito a la parte local sobre su decisión

de terminar la relación, basado en uno de los motivos justificados mencionados más arriba. En caso de no enviarse una notificación por escrito, el plazo de 120 días podría no ser tenido en cuenta. La utilización de un telegrama como medio de envío de la notificación, informando sobre la intención de terminar el contrato sería lo aconsejable en estos casos.

El plazo de 120 días constituye una pesadilla para la parte extranjera. No existe ninguna otra disposición similar impuesta a la parte local. De hecho, lo que la ley hace es crear una *"despedida de nunca acabar"* de la relación contractual, reflejando el enfoque excesivamente proteccionista adoptado por el legislador. La parte extranjera se confronta entonces con un plazo de tortura que debe esperarse, y donde debe observarse un *status quo,* por lo menos del lado de la parte extranjera. Esto puede resultar extremadamente oneroso y tedioso. No hace falta decir que la parte extranjera se expone a enormes pérdidas financieras y otros perjuicios durante este plazo de 120 días.

Es más, de acuerdo a las disposiciones de la Ley 194, una vez vencido este plazo de 120 días y solo en el caso que no se hubiere remediado la causal invocada, la parte extranjera está en condiciones de ejercer su derecho de terminación de contrato. Obviamente, la carga de la prueba recae sobre el demandante, quien deberá probar que el contrato fue terminado por un motivo justificado. Caso contrario, la ley presume que la relación fue terminada sin motivo justificado, correspondiendo a la parte local pagar una compensación por daños y perjuicios. Obviamente tampoco concordamos con esta presunción determinada por la Ley por considerarla extremadamente injusta.

15. ECUACION PARA LA RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR TERMINACION INJUSTIFICADA. ¿COMO REALIZAR EL CALCULO DE LA FORMULA?

La Ley 194 concede a las firmas extranjeras la posibilidad de terminar, cancelar, modificar o negarse a prolongar el contrato con firmas locales, pero sujeto al pago de una indemnización. Este monto compensatorio se fija mediante una ecuación acordada por la ley. La fórmula toma en cuenta dos elementos primordiales:

a) La duración de la relación:
b) La utilidad bruta promedio obtenida por la parte local (sobre una base anual) durante los tres últimos años de la relación.

La duración de la relación se divide en seis diferentes períodos o escalas:

i) de 2 a 5 años;
ii) de más de 5 a 10 años;
iii) de más de 10 a 20 años;
iv) de más de 20 a 30 años:
v) de más de 30 a 50 años;
vi) de más de 50 años en adelante.

La utilidad bruta se define como el monto de las ventas netas menos el costo de los productos vendidos. En caso de existir algunas comisiones, la utilidad bruta debe basarse en el monto total de las mismas. A fin de calcular la utilidad bruta promedio de los últimos tres años, es necesario sumar todos los ingresos brutos provenientes de las ventas de productos durante el período de un año. Por lo tanto, deben deducirse los gastos de dichas ventas. Esta resta incluye, *inter alia*, precio, seguro, flete. El resultado del ingreso menos el costo da el ingreso bruto promedio obtenido en un año. Multiplicando este resultado por 3, se obtiene el ingreso bruto promedio en los tres últimos años de la relación contractual.

Es interesante notar que la Ley 194 establece claramente seis períodos o escalas para calcular la duración de la relación contractual. Como se mencionó anteriormente, estas escalas forman parte de la fórmula de indemnización. En el Decreto Ley N° 7, estas escalas constituían un multiplicador que se aplicaba al ingreso bruto promedio obtenido en los últimos tres años de la relación contractual. Por ejemplo, para una relación de 2 a 5 años, el multiplicador era 1; para una relación de más de 5 a 10 años, el multiplicador era 2; para una relación de más de 10 a 20 años, el multiplicador era 3. Por lo tanto, cuanto más larga fuese la relación, más caro le salía a la parte extranjera terminarla. El Decreto Ley N° 7 hacía especial referencia al multiplicador, el cual aumentaba progresivamente de 1 a 6, conforme al tiempo de duración de la relación contractual.

Al introducir las enmiendas y modificaciones en el Decreto Ley N° 7, el legislador omitió hacer cualquier referencia al multiplicador, pero mantuvo la misma estructura de tiempo e ingreso bruto en la fórmula para determinar la cantidad a ser abonada a la parte nacional, en caso de terminación injustificada de la relación contractual. En el esquema actual de la Ley 194 existen aún seis diferentes escalas para calcular la duración de la relación contractual, pero no hay ninguna referencia al multiplicador.

En caso de no aplicarse el multiplicador, esto implicaría en la práctica que la indemnización por la terminación del contrato no consideraría su tiem-

po de duración desde el principio hasta el final. Por lo tanto, no tendría sentido el porqué el legislador mantuvo la estructura de seis escalas. Aún debe descubrirse cómo tratar el punto del "multiplicador perdido" ante los tribunales. Definitivamente existe una gran incertidumbre creada por la modificación introducida con la promulgación de la Ley 194 en relación al punto del "multiplicador perdido" en particular.

Indiscutiblemente, ésta es una de las lagunas y vacíos más importantes creados con la entrada en vigor de dicha ley. Actualmente, los autores de este artículo no tienen conocimiento de ningún precedente judicial que haya abordado este punto. La mayoría de las acciones judiciales iniciadas entran dentro de la primera escala (de 2 a 5 años), donde el multiplicador es simplemente uno. Por lo tanto, el "multiplicador perdido" no ha aparecido aún como punto determinante en el panorama judicial.

Otro punto que no puede ser omitido es el hecho que ninguna enmienda o modificación en la estructura corporativa de una firma extranjera (incluyendo, pero no limitado a fusión, cambio de nombre, cambio de domicilio, o adquisición) debería afectar la duración de la relación contractual. En caso de ocurrir estos cambios, la responsabilidad recaería sobre el sucesor de la entidad anterior (18).

16. CONCESION DE MEDIDAS CAUTELARES. ¿EN QUE EXTENSION?

Al iniciar una acción legal reclamando la compensación de daños y perjuicios por la terminación inesperada e injustificada de la relación contractual, la ley y la jurisprudencia reconocen que la parte local tiene derecho a exigir medidas cautelares. Los requisitos para que esto último sea viable y aceptado por el juez, son los siguientes:

a) credibilidad del derecho invocado;
b) fijación de una contra cautela;
c) peligro inminente de violación de dicho derecho.

Generalmente la petición de medidas cautelares por la parte local procura impedir la importación y comercialización en el país de los productos elaborados por la parte demandada, o que estuvieren sujetos al contrato en cuestión.

18) Ver supra nota 2, Art. 5.

La aplicación, interpretación y concesión de medidas cautelares por parte de los juzgados de primera instancia han sido muy inconsistentes. De hecho, las mismas han sido tremendamente desiguales; frecuentemente arbitrarias, injustas y hasta con consecuencias impredecibles. En muchos casos, las medidas cautelares se han extendido excesivamente. Su aplicación ha ido demasiado lejos, fuera del ámbito de la *res litis.* Algunas medidas cautelares fueron otorgadas con efecto *erga omnes*, no indicándose el nombre exacto del demandado al cual dichas medidas debían aplicarse. Las mismas llegaron hasta afectar e imponer sanciones sobre terceros que no estaban sujetos a la relación contractual que ocasionara la reclamación original.

Mediante la concesión de medidas cautelares, los demandantes han estado en condiciones de impedir la importación y comercialización de los productos de firmas extranjeras dentro del mercado paraguayo, sujetos a la relación contractual. Esto puede parecer todavía razonable. Pero en otros casos, la parte local fue capaz también de prohibir la comercialización de otros productos de firmas extranjeras, que no eran parte de la relación contractual.

Los efectos de los registros sanitarios también han sido suspendidos. De igual manera, los juzgados de primera instancia cancelaron temporariamente el nombramiento de nuevos agentes por parte de la parte extranjera, por medio de la ejecución de una medida preventiva concedida al demandante. La parte local frecuentemente procura prohibir la ejecución de cualquier nuevo acto, o de cualquier otra medida que pudiera afectar el contrato. Puede observarse la aplicación de un amplio alcance de medidas cautelares para estos casos, y sus implicaciones económicas directas para los demandantes.

Una vez decretadas las medidas cautelares por parte de los juzgados de primera instancia, las resoluciones generalmente han sido apeladas ante una de las varias Salas de los Tribunales de Apelación con Jurisdicción en lo Civil y Comercial.

A la luz de lo anteriormente mencionado, *in rem "Galerías Guaraní S.A. c/ Maybelline Sales Inc. y/o Maybelline Holding Co., L´Oreal Chile S.A. y L'Oreal (Paris-France)"*, el Tribunal de Apelación determinó que la medida preventiva aplicable para casos acaecidos dentro del ámbito de la Ley 194, era sólo el embargo sobre los demandados (19). Más detalladamente, en este caso el demandante había iniciado una acción legal exigiendo una compensa-

19) Ver "Galerías Guaraní S.A.C. c/ Maybelline Sales Inc. y/o Maybelline Holding Co., L'Oreal Chile S.A. y L'Oreal (Paris-France)", sentencia dictada

ción por daños y perjuicios por la terminación injustificada de la relación contractual alegada. Galerías Guaraní también exigió medidas cautelares, a fin de prohibir la ejecución de cualquier acto nuevo o cualquier otra medida que pudiere afectar no sólo el contrato, sino también todos los productos y marcas de los demandantes. Vale la pena mencionar que L'Oreal ni siquiera era parte de la relación contractual.

Estas medidas cautelares fueron concedidas originalmente por el Juzgado de Primera Instancia. La resolución de este último fue apelada posteriormente. Al examinar la apelación, el Tribunal pertinente reconoció el hecho que la Ley 194 otorga a la parte local el derecho a reclamar una compensación por daños y perjuicios por terminación injustificada de la relación contractual. Con este razonamiento, el Tribunal de Apelación reconoció el hecho que este derecho implica también la posibilidad de solicitar embargos sobre el demandado, considerando que la reclamación procura obtener una compensación por daños y perjuicios. Sin embargo, a su vez el Tribunal de Apelación reconoció que la legislación no autoriza al demandante a prohibir la ejecución de cualquier nuevo acto o cualquier otra medida que pudiere afectar no ya el contrato, sino también cualquier otro producto o marca de los demandados, los cuales no estaban vinculados al contrato afectado a la causa (algunos de los demandados ni siquiera eran parte en el contrato correspondiente).

De manera similar, *in rem "Yama del Paraguay S.R.L.* c/ *Laboratorio Cuenca S.A."*, el demandante solicitó la cancelación de los efectos de todos los registros sanitarios otorgados a favor del demandado, aún cuando muchos de estos registros no estaban sujetos a la relación contractual impugnada. La parte local exigió también la prohibición de toda importación de productos del demandado dentro del mercado paraguayo, sin importar si los mismos estaban incluidos o no en el contrato afectado a la causa. El Juzgado de Primera Instancia autorizó originalmente estas medidas cautelares. La ejecución de dichas medidas afectó también a otros importadores locales que no eran parte de la relación contractual original. Posteriormente, la resolución que autorizaba tales medidas cautelares fue revocada *in totum* por la Cuarta Sala del Tribunal de Apelación con Jurisdicción en lo Civil y Comercial de nuestra capital (20).

---

por la Tercera Sala del Tribunal de Apelación el 5 de febrero de 1999, publicada en La Revista Jurídica La Ley Paraguaya S.A., (1999), pág. 987.

20) Ver "Yama del Paraguay S.R.L. c/ Laboratorio Cuenca s/ Indemnización de Daños y Perjuicios", iniciado el 24 de diciembre del 2001 ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Ju-

Aún cuando existe una falta total de consenso entre los juzgados de primera instancia con relación a la aplicación de medidas cautelares, afortunadamente muchas de las varias Salas de los Tribunales de Apelación han establecido claramente límites y criterios sobre su extensión y viabilidad. Ellos han establecido qué tipo de medidas cautelares son aplicables bajo el régimen legal establecido por la Ley 194. *A contrario,* han repetido de manera consistente qué tipo de medidas no son aplicables. En la mayoría de los casos, han revocado las medidas decretadas por los juzgados inferiores, demostrando un enfoque bastante prudente y restrictivo al decidir sobre esta cuestión. El único problema práctico es que lleva bastante tiempo revocar estas decisiones de juzgados inferiores dentro del procedimiento mismo.

A pesar del hecho que la jurisprudencia ha demostrado en forma suficiente en los últimos tiempos que varias de las Salas de los Tribunales de Apelación cancelaron y revocaron las medidas preventivas otorgadas con un enfoque irrazonable y exageradamente amplio en su aplicación, debido a la lentitud excesiva del procedimiento civil en el Paraguay, la parte extranjera tiene que enfrentar con frecuencia varios problemas antes que dichas medidas sean revocadas o enmendadas. El sistema legal paraguayo posee el mecanismo e instituciones para corregir estas malas interpretaciones arriba citadas, que en algunos casos constituye un verdadero abuso de los derechos de la parte local. Sólo que a veces, la solución llega un poco tarde.

17. APROPIACION DE MARCAS EXTRANJERAS

Si bien la Ley 194 no lo establece directamente, una situación que sucede muy frecuentemente dentro del contexto de las relaciones de representación, agencia y distribución entre firmas locales y extranjeras, es la apropiación de marcas extranjeras. En muchos casos, cuando la parte extranjera no ha registrado en el país una marca en particular, la parte local presenta una solicitud y obtiene el registro de la marca que cubre el producto o servicio que se está tratando de comercializar en el mercado. La *Ley de Marcas de 1998* establece específicamente que el propietario extranjero de la marca o sus agentes autorizados son las únicas personas que pueden solicitar el registro de una marca.

En caso que se conceda a la parte local el registro de la marca –al contrario de lo que sucede con el propietario de la marca extranjera- la parte

risdicción de Asunción. En este caso aún no se pronunció una resolución final.

extranjera puede presentar una acción de nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del domicilio del demandante.

Normalmente, hay un plazo de prescripción de cinco años para presentar la acción de nulidad. El mero hecho de que la parte local haya obtenido el registro de la marca de propiedad de la parte extranjera, será suficiente prueba de su mala fe. Sin embargo, no existe un plazo de prescripción aplicable para los casos de mala fe.

Una justa resolución judicial favorable declararía nula la marca obtenida en tales circunstancias. Luego, la parte extranjera tiene 90 días para presentar la solicitud de registro de la marca. La parte extranjera puede solicitar también medidas cautelares. Con estas se intentaría esencialmente suspender los efectos del registro impugnado e impedir así desde ya la comercialización de productos con la marca impugnada. La Corte Suprema de Justicia, varias de las Salas de los Tribunales de Apelación y los Juzgados de Primera Instancia poseen suficiente jurisprudencia a este respecto, la cual favorece los intereses de las firmas extranjeras en casos de apropiación indebida y piratería de marcas.

18. LA CAZA DE DEMANDADOS CON "BOLSILLOS PROFUNDOS"

Se han dado varios casos, en los cuales la parte local utilizó la Ley 194 como un mecanismo de extorsión para obtener compensaciones exorbitantes por daños y perjuicios de la firma extranjera, por la terminación inesperada de la relación contractual. Lamentablemente, existen algunos abogados locales especializados que están a la búsqueda de demandantes que "procuran vaciar los bolsillos". Frecuentemente en estos casos se reclaman cantidades exorbitantes, en un esfuerzo por llegar a convenir una cantidad menor, siempre tentando inicialmente obtener medidas cautelares totalmente excesivas como arma de presión, según ya se comentara precedentemente. Este es un riesgo fáctico usual que corren las partes extranjeras cuando forman parte de relaciones comerciales contractuales de representación, agencia o distribución con sus contrapartes paraguayas.

19. LA "VENTA BOOMERANG"

En caso que la firma extranjera decida terminar, cancelar, revocar, modificar o prolongar el contrato, la parte local tiene el derecho legal de exigir que la misma adquiera todos los productos restantes depositados en stock al precio de mercado de los mismos, contrariamente al precio que pagó la firma local al adquirir dichos productos. La parte extranjera no podrá negarse a

adquirir los remanentes de estos ítems depositados en stock, considerando que existe una imposición establecida por la ley.

Esto es independiente a las reclamaciones de compensación disponibles, que la parte local puede utilizar por terminación injustificada de la relación contractual, de acuerdo a lo dispuesto en el esquema de la Ley 194 (21). Esto puede ser considerado por la parte extranjera como una "venta boomerang", ya que existe eventualmente un riesgo de contingencia, en el sentido que la firma puede adquirir nuevamente a un precio más alto (precio de mercado) aquello que originalmente fue vendido a un precio al por mayor. Hay que cuestionarse si esto no es enriquecimiento ilícito, lo cual está expresamente prohibido por el Código Civil Paraguayo (22). Falta ver ahora cómo resolverán los tribunales este asunto, en caso que esto fuere cuestionado alguna vez.

20. JURISDICCION Y LEY APLICABLE

El *Código de Procedimiento Civil Paraguayo* prohíbe específicamente que las controversias en cualquier asunto se sometan a la jurisdicción de los tribunales extranjeros, excepto cuando exista un tratado internacional que lo permita expresamente (23). Esta disposición es considerada como una norma de orden público que no puede ser contrariada por la autonomía de las partes. El Paraguay sólo es parte del *Acta de Jurisdicción de Asuntos Contractuales del MERCOSUR*. Este instrumento fue ratificado solamente por Uruguay y Paraguay, y por consiguiente, su aplicación es muy limitada en la práctica. El Congreso de la Nación Paraguaya no ha ratificado ninguna otra ley de derecho internacional privado con relación al tema.

Siguiendo la misma tendencia, la Ley 194 estipula específicamente que las partes deberán someter cualquier controversia a la jurisdicción de los tribunales paraguayos (24). Por lo tanto, en principio ninguna disputa puede ser sometida a tribunales extranjeros. Partiendo de la base que el contrato debe realizarse en el país, la legislación paraguaya sigue el principio de *lex loci solutionis* para fijar la jurisdicción aplicable (25). Sin embargo, existen ciertas relaciones contractuales que someten jurisdicciones a tribunales extranje-

21) Ver supra nota 2, Art. 8.
22) Ver Código Civil Paraguayo, Art. 1817.
23) Ver Código de Procedimiento Civil Paraguayo, Art. 3.
24) Ver supra nota 2, Art. 10.
25) Ver también Código Paraguayo de Organización Judicial, Art. 17.

ros. El riesgo en hacer esto es que, sin importar las disposiciones contractuales acordadas por las partes, la parte local siempre puede iniciar un juicio legal ante los tribunales paraguayos, teniendo en cuenta que la Ley 194 tiene la naturaleza de orden público. Un juez receptaría una acción judicial y se podría declarar competente para decidir sobre el asunto, pese a las disposiciones contractuales.

La Corte Suprema de Justicia reconoce que el sometimiento obligatorio de controversias a la jurisdicción de tribunales locales no representa de ninguna manera una violación al principio de la jurisdicción. De hecho es una garantía para las partes, considerando que la controversia será examinada en el lugar donde la misma fue ejecutada o donde se supone que fue ejecutada(26).

21. MEDIACION Y ARBITRAJE

La Ley 194 contempla la posibilidad de que las partes puedan resolver sus controversias (27). Si bien la mediación no se menciona específicamente como un mecanismo alternativo de resolución de controversias, realizando una interpretación mediante la Ley N° 1879/2002, recientemente promulgada (en adelante denominada "Ley 1879"), las partes podrían recurrir a la mediación (28). Los mediadores hasta podrían ser extranjeros. Sin embargo, se reconoce que no es una práctica común que las partes utilicen este medio para solucionar sus diferencias, especialmente teniendo en cuenta la naturaleza comercial de los asuntos a ser tratados.

Por otro lado, el arbitraje está mencionado expresamente en la Ley 194. Es muy dudoso que el legislador haya tenido en mente la posibilidad de un "arbitraje internacional" para el esquema de la Ley 194, en particular teniendo en cuenta el enfoque bastante proteccionista adoptado. Independientemente a lo anteriormente mencionado, la Ley 1879, recientemente promulgada, permite la posibilidad que el árbitro sea extranjero.

Si bien esta legislación reconoce el arbitraje internacional (Ley 1879), no permite específicamente a las partes someter sus diferencias a un panel arbitral internacional fuera del país. La pregunta surge entonces si de acuerdo al actual régimen legal paraguayo las partes integrantes de una relación con-

26) Ver supra nota 5.
27) Ver supra nota 2, Art. 10.
28) Ver Ley N° 1879/2002, De Arbitraje y Mediación, Art. 54.

tractual de representación, agencia y distribución pueden someter sus diferencias a un arbitraje internacional.

En caso de seguir el principio contenido en el enfoque proteccionista y restrictivo adoptado por el *Código de Procedimiento Civil*, la respuesta sería definitivamente negativa. El arbitraje internacional no estaría disponible para las partes. Sin embargo, es importante considerar que el Paraguay ha ratificado la *Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Efectividad de Fallos Arbitrales Extranjeros* (en adelante denominada "Convención de Nueva York") (29).

Esta Convención establece que las partes deberán reconocer contratos por escrito, en los cuales las mismas se obligan a someter a arbitraje cualquier diferencia que pudiere surgir, resultante de una relación jurídica concreta, sea ésta contractual o no, relacionada a un asunto que pudiere estar sujeto a arbitraje (30). La Convención de Nueva York es una obligación internacional que el Paraguay ha asumido.

De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución paraguaya, los tratados o convenciones tienen preeminencia sobre las leyes nacionales o domésticas (31). Aquellos tienen un orden jerárquico más alto. Lo mencionado anteriormente sostiene el argumento de que el arbitraje internacional es posible, según lo dispuesto por la legislación paraguaya. Al interpretar las disposiciones contenidas en la Convención de Nueva York, la Ley 1879 y la Ley 194, las partes integrantes de una relación de representación, agencia y distribución podrán someter sus diferencias a arbitrajes internacionales fuera del país. Aun cuando decidan someter estas diferencias a arbitraje en el país, nada prohíbe que los árbitros sean extranjeros. El arbitraje es definitivamente una alternativa que tanto la parte local como la extranjera no deben dejar pasar por alto.

22. CIRCUNVALANDO LA LEY 194. ¿QUE OTRA OPCION LE QUEDA A LA PARTE EXTRANJERA?

Las firmas extranjeras han expresado repetidamente su preocupación con respecto a las consecuencias imprevistas e impredecibles de la aplicación

29) Ver Ley N° 648/1996, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Fallos Arbitrales Extranjeros, publicada en la Gaceta Oficial del 16 de setiembre de 1996.

30) Ibid., Art. 2.

31) Ver Constitución del Paraguay, Art. 137.

de la Ley 194, teniendo en cuenta una gran cantidad de lagunas y preguntas sin respuesta. A fin de salir del ámbito de aplicación de la Ley 194, o para hacerlo menos pesado, las firmas extranjeras cuentan con opciones muy limitadas.

Lo primero sería someter cualquier controversia eventual que surgiere con relación a una relación contractual a arbitraje internacional, o a arbitraje en el Paraguay, con la posible designación de un árbitro extranjero. A fin de realizar esto, sería en extremo aconsejable que las partes indicaran claramente o hagan referencia en el contrato a las disposiciones de la Ley 1879 y de la Convención de Nueva York. Demás está decir que el Estado de la parte extranjera debe haber ratificado este instrumento internacional para hacer posible esta opción.

La segunda opción sería establecer una subsidiaria local de propiedad total de la firma extranjera. Los medios comunes más utilizados son las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. Obviamente, la operación comercial en el país debe justificar los gastos del establecimiento de una subsidiaria de propiedad total.

Generalmente es posible concluir el registro de este tipo de entidades en un período de pocos meses. Bajo este panorama, los productos o servicios deberían venderse o prestarse a la subsidiaria de propiedad total de la parte extranjera, debiendo luego esta última tratar directamente con la parte local. Todas las facturas deben estar dirigidas a y desde la subsidiaria de propiedad total. La firma extranjera no debe intervenir en ningún caso en lo que se refiere a la parte local. La Ley 194 no sería aplicable, pues la subsidiaria –que es la entidad que vende los productos o presta los servicios a la parte local- tiene su domicilio en el país, sin importar el hecho que sea de propiedad total de una firma extranjera.

La tercera opción sería establecer una subsidiaria internacional meramente formal (“P. O. Box International Subsidiary”). En caso de surgir una reclamación en contra de esta entidad, existe muy poco riesgo de contingencia, o muy poco riesgo de pérdida.

23. EVALUACION CRITICA SOBRE LOS DIEZ AÑOS DE EXISTENCIA DE LA LEY 194

La Ley 194 celebró recientemente su 10° aniversario de entrada en vigencia. Es cuestionable hasta dónde ha logrado sus objetivos originales. Las

figuras macroeconómicas y microeconómicas del país reflejan una disminución significativa en el desarrollo de la economía y el fomento al comercio. El estudio hecho no ha concluido nada con respecto a ventajas concretas aportadas por la promulgación de la Ley 194, en cuanto a haber sido un medio en los esfuerzos realizados por el gobierno para lograr estos objetivos.

Además, ciertas firmas extranjeras pueden pensar que cualquier beneficio eventual recibido en la realización de negocios con sus contrapartes paraguayas, queda totalmente eclipsado por el riesgo que representa, en particular teniendo en cuenta las sumas astronómicas que se deberían pagar por compensación de daños y perjuicios para terminar una relación contractual. El plazo de tortura de 120 días, al cual están obligatoriamente expuestos, agrava aún más el panorama. Por el contrario, entendemos que estos dos factores particulares servirán inexorablemente como elementos disuasivos para firmas extranjeras en su decisión de participar en una relación comercial con sus contrapartes paraguayas.

Es indiscutible que la Ley 194 ha sido motivo de gran preocupación para las firmas extranjeras. Puede argumentarse, asimismo, que estos obstáculos creados por la Ley 194 representan de hecho barreras comerciales de naturaleza proteccionista, las cuales pueden no estar de acuerdo con las disposiciones de la OMC y del MERCOSUR. Consecuentemente es dable preguntarse si actualmente el Paraguay cumple con sus obligaciones internacionales considerando el contenido de la Ley 194.

No hace falta decir que el Paraguay históricamente ha sido considerado como un mercado marginal para firmas extranjeras, antes de su inclusión en el MERCOSUR. Otros mercados regionales, como Brasil, Argentina y Uruguay han sido siempre más rentables e importantes, pero también más atractivos para las firmas extranjeras desde el estricto punto de vista puramente legal. Cuantas más barreras sean creadas por el régimen legal para las firmas extranjeras, menos tendencia demostrarán las mismas en realizar negocios en el Paraguay, lo cual teóricamente por diferentes motivos tiene una ventaja comparativa extraordinaria frente a sus vecinos del MERCOSUR, de servir como centro regional dentro de ese pretendido mercado común. Por lo tanto, es un poco dudoso si el legislador realizó un análisis económico sobre las implicaciones de la implementación de la Ley 194. Este debería ser siempre un requisito *sine qua non* en el momento de decidir sobre la legislación con cualquier tipo de connotación económica.

24. CONCLUSION

Mediante el análisis realizado en el presente trabajo, y además de haberse detectado numerosos defectos en la Ley 194, se argumenta aquí que alguna normativa sobre el tema es realmente deseable y conveniente. Con respecto al tema enfocado, es sumamente beneficioso que las partes involucradas conozcan anticipadamente las reglas del juego. La legislación debe crear el ambiente legal adecuado, en el cual los derechos y obligaciones de las partes estén claramente establecidos, sin lugar a malas interpretaciones y sin vaguedades ni lagunas. Sería más ventajoso suprimir un gran número de ambigüedades en la ley analizada. Aclarado este punto, no se supone que la legislación sobre el tema deba constituir un obstáculo difícil e imposible de vencer para el desarrollo de las transacciones comerciales normales.

Este artículo no apoya la manera en la cual la legislación ha sido implementada, en particular con respecto a la ecuación para indemnización fijada por la ley, y las causales taxativas que establecen los motivos justificados para la terminación de la relación contractual.

La fórmula contenida en la ley hace que el proceso de terminación sea extremadamente pesado para la parte extranjera. “El plazo de tortura” de 120 días en el cual debe mantenerse obligatoriamente el *status quo*, representa en la práctica un aspecto totalmente negativo de nuestra actual legislación.

Al contrario de otras legislaciones, la Ley 194 no contempla la posibilidad de terminar una relación contractual, a menos que una de las partes haya enviado una notificación con suficiente antelación, informando a la otra parte sobre su intención. De acuerdo a este esquema, el cual está claramente reflejado en el Derecho Comparado e ilustrativamente en la Directiva N° 653/86 de la Unión Europea, el requisito de la antelación de la notificación previa debe basarse y ser directamente proporcional a la duración pertinente de la relación contractual, de acuerdo a lo contemplado por la ley inclusive en materia laboral (32).

Esto parecería ser más flexible y apropiado para el desarrollo de las relaciones comerciales. Todas las partes deberán tener sus derechos garanti-

32) Ver Directiva Europea 86/653/EEC, Directrices del Consejo del 18 de diciembre de 1986 sobre Coordinación de las Leyes de los Estados Miembros relativas a Agentes Comerciales Independientes, Diario Oficial N° L 189 del 20/07/1988, pág. 0028.

zados, pudiendo ejercerlos de manera definitiva, en caso de necesidad. Al mismo tiempo, este esquema provee el régimen legal adecuado para regular de manera específica este tipo de relaciones. Lamentablemente, el legislador adoptó un enfoque más rígido al establecer ecuaciones y fórmulas, reflejando una actitud sumamente proteccionista que no beneficia al país, o por lo menos cuyos resultados aún no se han visto en la práctica. Sería entonces aconsejable realizar algunas enmiendas a nuestra Ley 194, basado en la experiencia de la citada Directiva europea o en base a cualquier otro análisis con el Derecho Comparado.

TENDENCIAS ACTUALES DENTRO DE LA INTEGRACION EUROPEA

Por Ludger Kühnhardt

Después de casi cincuenta años de integración europea, el fundamento de este experimento único en la historia europea y mundial está cambiando. Aunque aún predomina incertidumbre sobre el proceso de la integracíon en lo que se refiere a la ampliación de la Unión Europea y a las implicaciones que tiene en la política diaria en los países miembros, la Unión Europea se está transformando de una manera extraordinaria. Después de la introducción del EURO – la primera moneda europea común desde los tiempos del los Romanos – la Unión Europea se encuentra en el proceso de elaboración de una constitución. Al mismo tiempo, la Unión Europea experimenta un crecimiento espectacular en su historia. Simultáneamente, la Unión intenta desarrollar más transparencia en sus políticas exteriores y de seguridad. Estos intentos resultan en muchos casos un poco inseguros en lo que se refiere a las relaciones futuras con los E.E.U.U., el aliado más importante de Europa.

En los primeros cincuenta años de la integración europea el fundamento de la Unión consistía en la reconciliación entre los enemigos de antes dentro de Europa. Aunque esta meta todavía no ha llegado a su completa realización en todas las partes de Europa – particularmente en Europa Sudoriental– la fuerza impulsiva detrás de las tendencias actuales en la integración europea son la globalización y la creación de un nuevo orden multipolar mundial. Europa se está moviendo desde la reconciliación interna hacia un papel más visible y protagónico en el ámbito mundial, sin mencionar que este proceso va a ser lleno de contradicciones, rebotes y confusión. Por otro lado, toda la historia de la integración europea ha sido una historia de crisis y contradicciones, pero al mismo tiempo una historia de soluciones encontradas frente a

*) Profesor Universitario. Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Universidad de Bonn.

estas situaciónes difíciles. Esto último ha constituido la llave del éxito único de las últimas cinco décadas. No cabe duda que el mismo mecanismo va a continuar en las décadas futuras. Por los retos descritos, el propio futuro de Europa no va a ser fácil; y para los no europeos muchas veces el futuro de Europa no parece tan simple y predecible como el pasado.

Para entender las tendencias sobre las cuales se basan los procesos y agendas dentro de la Unión Europea a los comienzos del siglo XXI, es importante familiarizarse con las tendencias y cómo se presentarán a largo plazo y también reconocer los posibles e inevitables obstáculos. Existen tres formas de desarollo que están entrelazadas entre sí y que se refuerzan mutuamente: la reservación de la fuerza del Euro, la elaboración de una constitución europea y la ampliación de la Unión Europea con los estados ex comunistas que se encuentran en Europa Central y Sudoriental. Desde los comienzos de la integración europea en los años cincuenta del siglo pasado, este proceso ha estado acompañado por debates sobre si el proceso de "intensificación" de la integración puede armonizar con el de ampliación de la Unión con nuevos socios.

Para ser breve, toda evidencia empírica demuestra que los esfuerzos de aumentar e incentivar los parámetros de la integración van cogidos de la mano con los intentos de agrupar más estados europeos en el proceso de integración. De hecho, en muchos casos fueron únicamente los esfuerzos de aumentar e incentivar los parámetros de la integración los que animaron e hicieron posible la incorporación de nuevos miembros en la estructura de la integración y viceversa. Algunas veces el uno conduce inevitablemente al otro; esto, aunque el mecanismo de reforzar las tendencias mutuamente es más complejo que una alusión al "determinismo histórico". En todo caso, el resultado es lo que cuenta. Por esto sugiero que se entienda que los procesos actuales se refuerzan mutuamente y no constituyen una exclusividad como se pretende proponer, como lo hacen los países de lengua inglesa. Los objetivos de reforzar el EURO, intensificar las estructuras de gobernabilidad ("governance") en el marco de una Constitución Europea y aumentar los miembros de la Unión Europea con países ex comunistas de Europa Central y Sudoriental van a tener su consecución paralelamente.

1. Por el momento doce de los quince países miembros de la Unión Europea ya han introducido el EURO como moneda nacional. Esto significa que ahora una mayoría de más de 370 millones des ciudadanos europeos paga con una moneda común. Suecia, Dinamarca y Gran Bretania van a seguir este ejemplo en los próximos años. La introducción del EURO en los países de

Europa Central y Sudoriental se va realizar antes de que termine la primera década del siglo XXI. En Montenegro y Kosovo de facto ya solamente se usa el EURO para las compras. La paridad "Dolar – EURO" se ha vuelto una realidad más o menos estable en los mercados financieros mundiales. En todo el mundo hay países que se proveen de reservas monetarias en EURO. La estabilidad interna del EURO se define por los princípios del Pacto de Estabilidad de la Unión Europea y por la independencia del Banco Central Europeo que tiene su sede en Francfort. El Pacto de Estabilidad fue creado en 1997, por la insistencia de Alemania para asegurar una conducta política entre los países que implantaron el EURO y así garantizar una moneda fuerte y sólida. El criterio más controversialmente discutido en el marco del Pacto de Estabilidad fue la limitación de la deuda interna a un tres por ciento del producto interno bruto.

El criterio del tres por ciento, si no es implementado de la manera correcta, puede ocasionar sanciones financieras por parte de la Uníon Européa. El Pacto de Estabilidad afronta presiones políticas que aumentan constantemente; curiosamente, uno de los países que ejerce presión es Alemania, la misma que inventó el Pacto. En compañía de algunas voces de Francia y otros países miembros el gobierno alemán – que por el momento se constituye por el partido social-demócrata y los Verdes –está discutiendo medios para introducir más flexibilidad al Pacto de Estabilidad, no obstante el Pacto fue creado como mecanismo rígido para prevenir cualquier forma de influencia política sobre la moneda. La Comisión Europea insiste en que el Pacto no debe ser alterado, ni siquiera en tiempos de guerra. Una alteración en el sentido mencionado requeriría una decisión unánime del Consejo Europeo. Por el momento esta unanimidad no parece muy problable, ya que la mayoría de los Estados miembros quiere preservar el Pacto de Estabilidad. Alemania, otrora la locomotora económica de Europa, se encuentra en una situación económica crítica, la cual tiene su orígen en la falta de reformas estructurales necesarias. Por tal motivo es muy probable que Alemania va a pasar otra vez el límite del tres por ciento en el año 2003.

Sin embargo la insuficiencia real de una Europa con el EURO es la ausencia de una "gouvernance economique" cohesiva, como siempre ha sido favorecida por Francia. Por el momento no existe una representación internacional cohesiva de la zona EURO, países miembros pueden presidir la Unión Europea sin ser miembros de la zona EURO y la presión de algunos de los países de Europa Central, que son candidatos para la inclusión a la zona EURO, aumentará en el momento en que se lleve a cabo su ingreso, lo cual tendrá lugar en el año 2004.

Actualmente, alrededor de ochenta por ciento de toda legislación en asuntos económicos en los estados miembros está dirigido por la Unión Europea. Aún prevalece una oposición fuerte dentro de los estados miembros en contra de cualquier armonización o estandarización del sistema de impuestos en la Unión Europea. Los cambios que se deban dar en este ámbito deben llevarse a cabo en los años que vienen para que el EURO permanezca fuerte y legítimo para los clientes de la Unión y del mercado mundial. La ambición de hacer de la Unión Europea el área más competitiva en el mundo en lo que se refiere a economía y tecnología –meta que fue anunciada con mucha euforia en la Cumbre de Lisboa en el año 2000– queda dependiente de la exitosa superación de los obstáculos internos que impiden las reformas estructurales en los países miembros claves de la Unión.

2. La creación de una Constitución Europea se ha vuelto el proyecto más palpitante y dinámico de la Integración Europea. Hace solo dos años, muchos observadores no habrían imaginado que la idea de una Constitución Europea tendría una carrera veloz. La aprobación de la idea básica por el gobierno de Gran Bretaña desengañó a todos los escépticos. La "Convención Europea", la cual es presidida por el ex Presidente de Francia, Valery Giscard D'Estaing, y que comenzó a trabajar en febrero del año 2002, está a punto de terminar su trabajo y presentar el proyecto de una Constitución Europea en el verano de este año. A continuación se realizará una "Conferencia Intergubernamental" a la cual se le augura éxito, ya que miembros claves de la Unión Europea, como son Francia y Alemania, han comprometido sus ministros de relaciones exteriores a trabajar de una manera constructiva dentro de la Convención. Estos no van a actuar en contra de los esfuerzos que han realizado durante este proceso. Una Constitución Europea tendrá que pasar la ratificación en todos los países miembros, sean viejos o nuevos. Aún pueden haber sorpresas y ahora ya es evidente que la Constitución, una vez ratificada, necesitará ser ajustada en el futuro. No obstante, se ha determinado el camino para crear un marco constitucional alrededor de la UE, que acentúa la naturaleza política de la Integración Europea y exhorta a la reflexión acerca de una identidad europea y también concede más visibilidad, transparencia y legitimación a las instituciones europeas dentro y fuera de la UE.

La Constitución Europea no estará en capacidad de resolver las diferencias y contradicciones que existan entre las posiciones fundamentales de aquellos que favorecen una integración supranacional – un Europa federal – y los que ven la prioridad contínua a la cooperación intergubernamental. Por el hecho de que arreglos van a ser inevitables – sobre todo en lo que respecta a la definición de la estructura de dirección dentro de la Unión Europea – las

tendencias generales son todavía más importantes. La Convención Europea ha logrado un consenso respecto a la concesión de un estatus legal a la Unión Europea. La Convención también acordó fortalecer todas las instituciones europeas – lo cual significa por ejemplo la introducción general de acuerdos mayoritarios en la legislación europea y la elección del presidente de la Comisión Europea por el Parlamento Europeo y su mayorías políticas – y también la implementación de un ministro de relaciones exteriores europeo. En lugar de aumentar el derecho de veto de cada una de las instituciones europeas se deberá fortalecer todas las instituciones, lo cual naturalmente va a conducir a nuevas contradicciones.

Entre los actores políticos dentro y fuera de la Convención Europea el tema de una representación ultimativa de la Unión Europea está siendo discutido muy controversialmente; en otras palabras: cómo instalar un Presidente Europeo. Francia y Alemania han propuesto introducir dos Presidentes, es decir un Presidente de la Comisión Europea, elegido por la mayoría política del Parlamento Europeo, y otro Presidente del Consejo Europeo, elegido por los jefes de gobierno de todos los países miembros. Ante esta propuesta se ha expresado mucho escepticismo. Los argumentos principales son los siguientes: el déficit democrático de la UE se perpetuaría, el mejoramiento de la eficiencia en la dirección de la UE se tornaría más incierta y el campo de acción de los pequeños países miembros se vería limitado extremadamente. Un compromiso en torno a este tema deberá ser encontrado hasta fines del 2003. Este compromiso podría consistir en: primero, una combinación de un Presidente del Consejo que preside el Consejo General y representa a la UE en el extranjero, y de una presidencia que rotaría en varios de los Consejos políticamente relevantes que cambian cada seis meses; segundo, la limitación de las competencias del Presidente del Consejo; tercero; el establecimiento de la Convención como un método contínuo para los ajustes futuros de la Constitución. Presunciones de que en el futuro todo en la UE se va a poner más confuso en vez de más simple, no puedo más que afirmar. Sin embargo, cabe traer al recuerdo el dicho: Ni Roma ni la Unión Europea se han construido en un solo día. Avances en el proceso de la Integración Europea siempre han sido un ejercicio perpetuo de progresos a través de contradicciones y crisis. ¿Por qué esto no debe continuar en el futuro?

El resultado final de la Convención Europea será presentado en el verano del 2003. A continuación se va a realizar una conferencia intergubernamental y es probable que después de ésta se vaya a notificar un Tratado Constitucional – como se la denominará oficialmente a la Constitución Europea – al final de la presidencia de Italia en diciembre del 2003, seguido por la rati-

ficación de todos los miembros de la UE en el año 2004, proceso que tal vez se prolongue hasta el 2005. Esto suena complicado y existen puntos en los cuales todo el proyecto se puede descarrilar. Por otro lado, ¿quién se hubiera atrevido a pensar en un consenso acerca de la idea de una Constitución Europea y de algunos de los temas más controvertidos hace tan sólo dos años?

Ahora mismo, la Constitución Europea representa un nuevo punto de referencia para debatir la identidad europea y la responsabilidad política de Europa, aunque todavía no ha sido presentada formalmente, tampoco ratificada. También contribuyó a apoyar el sentido de pertinencia entre los países candidatos de Europa Central y Sudoriental, el hecho de que estos están representados en la Convención Europea y participan en el debate general sobre el futuro de la gobernabilidad ("governance") en una Unión Europea más grande.

El tema más importante para la Unión Europea es la creación gradual de un "Patriotismo Constitucional Europeo", como yo lo denomino, y que no está definido contra nadie. Si los ciudadanos de la Unión no toman en serio su futura Constitución y si no tienen confianza en sus fines y objetivos, la Constitución no va ser más que un documento solemne pero poco profundo. Esta es la razón por la cual la invocación de valores y objetivos al comienzo de la Constitución es importante. La Unión Europea definitivamente va a sobrepasar la noción de ser un proyecto económico y va a abrir un nuevo capítulo al definirse como entidad política. No importa cuan largo será el camino para llegar a realizar completamente los valores invocados. Algunos de estos valores quedarán como temas controvertidos dentro de la UE, por ejemplo en lo que se refiere a la relevancia y las implicaciones de las tradiciones religiosas en Europa. Pero definitivamente esta clase de debates indican que la UE ha sobrepasado la noción de ser solo una zona de libre comercio.

3. La Unión Europea se está preparando para su quinta ampliación. Después de la afiliación de Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda en 1973, Grecia en 1981, Portugal y España en 1986 y Austria, Finlandia y Suecia en el año 1995, el número de ciudadanos de la Unión Europea aumentará de 373 millones a unos 480 millones, en el momento en que ingresen también Polonia, Hungría, la República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y Chipre en el año 2004 y Romanía y Bulgaria pocos años más tarde. Turquía también ha sido reconocida como un país candidato y sigue siendo el candidato más controvertido. Croacia ha solicitado la membrecía en la UE en la primavera del 2003 y otros países de Europa Sudoriental, como Serbia, Montenegro (el cual muy probablemente va a alcanzar la inde-

pendencia completa en el año 2006), Macedonia, Bosnia y Herzegovina y Albania, pueden seguir en la próxima década. Es posible que a estos países acompañarán Noruega, Islandia y finalmente Suiza. Supongo que esta maratón no va a terminar hasta el año 2019.

El PIB total de los doce países que se van a juntar a la Unión el próximo año se encuentra debajo del promedio actual en la UE. De hecho, el PIB acumulado no es más alto que el de los Países Bajos, aunque los diplomáticos y políticos normalmente evitan hacer esta comparación incómoda. La Unión Europea después de la ampliación tendrá que vivir con diferencias enormes al nivel regional, tanto entre los miembros nuevos como entre los nuevos y viejos países miembros. Pero la tendencia es irrevisible y al final se van a beneficiar todos. Efectos positivos de esta transformación se han hecho sentir no sólo en las economías de los países candidatos sino también en la Unión Europea en su situación actual con la apertura del Muro y la expansión de los mercados hacia la parte oriental del continente. Si se toma sólo Alemania y Austria, vecinos directos de Europa Central – después de sustraer los costos de la ampliación, definidos en la Agenda 2000, para el período hasta el 2006 – los efectos de la tasa de crecimiento han sido estimados en 0.5 al 1.0 por ciento de su PIB anual. Un mito que existe en el contexto de la ampliación se refiere al miedo de perder empleos en el occidente de Europa por el hecho de que los costos del trabajo son mucho más bajos en Europa Oriental. Aunque esto sí es el caso en algunas regiones y en unos campos comerciales específicos, los efectos generales actuales de saldos activos en el comercio exterior de la UE con los países candidatos son evidentes: los países de la ampliación van a generar 115.000 puestos de trabajo seguros en la Unión Europea como se presenta ahora. El saldo activo de Alemania en el comercio con Polonia ha creado alrededor de 70.000 nuevos puestos de trabajo en el país germano. También es interesante reconocer que por el momento hay más alemanes trabajando en la República Checa que checos trabajando en Alemania. Esto no significa que no existen problemas, sobre todo en las regiones fronterizas de la UE vieja y nueva y en aquellos campos del comercio, en los cuales el trabajo más barato del Este no sólo es complementario, como lo es en los tiempos de cosecha de frutas y vegetables, sino competitivo, por ejemplo en el área de la construcción.

La Unión Europea ha negociado períodos de transición para los aspectos más delicados de ampliación, como son la libertad de trabajo y las subvenciones agrícolas. Para dar un ejemplo, los nuevos miembros sólo van a recibir un 25 por ciento de subvenciones agrícolas en los primeros años de su membresía hasta que éstas llegan al promedio europeo después de diez años.

Esta flexibilidad en el proceso de ampliación es el resultado de compromisos delicados entre los intereses tradicionales de la UE de ahora y la demanda de los nuevos miembros a los que no se les tratará como miembros de segunda clase. Ya se pueden observar algunos de los dilemas inherentes a la solidaridad: España, por ejemplo, sometió su aprobación a la ampliación, a la no aceptación de cambios de la distribución de los fondos regionales y estructurales antes del año 2013. El concepto de solidaridad dentro de la Unión tendrá que pasar por varias pruebas en los años que vienen, sobre todo en los temas de distribución de los recursos y de abandonar las subvenciones, las cuales son obstáculos para la competitividad de la UE y también para su estatus en el mundo. Esto es muy evidente en lo que se refiere a la notoria política agrícola que se ha transformado de una historia de éxito de la integración en una maldición de manejo burocrático, detrás del cual se esconden los diferentes intereses nacionales. Invocar los valores europeos no ayudará resolver el escándalo que casi 50 por ciento del producto de la UE está bloqueado por subvenciones agrícolas aunque los agricultores mismos no representan más que 4 por ciento de la población de la Unión.

Tanto los intereses nacionales como los pactos regateados, que tratan de satisfacer todos los intereses posibles y que por eso van a generar nuevas contradicciones, fricciones y la necesidad de reformas, continuarán influyendo la vida dentro de la Unión Europea. Por otro lado, el nivel de integración logrado en los primeros cincuenta años de este proceso es muy alto, también si se habla en términos históricos. La Unión Europea se encuentra delante de retos y oportunidades complejas, que son equivalentes a una “segunda fundación” de la Unión Europea. Todavía no se ha realizado por completo la idea de llegar a una reconciliación interna a través de medidas económicas. El mercado común aún se encuentra en el estado delicado de su realizacíon final, la cual todavía tiene que enfrentar obstáculos nacionales y problemas estructurales. De todos modos la Unión Europea ha abierto un nuevo capítulo en lo que se refiere a su fundamento básico: La Unión ha puesto los pies en el camino que lleva a la integración política, sin importar cuantas contradicciones, obstáculos e insuficiencias prevalezcan. La prueba final para realizar la ambición de jugar un papel apropiado y consistente en el mundo será la de definir su campo de acción. Debido a la globalización y la creación de un nuevo órden mundial estas tendencias son inevitables, cosa que también los escépticos del proceso deben admitirlo. En este contexto la política para el desarrollo de la Unión Europea tiene que obtener la importancia que ésta finalmente requiere y merece, en vista del gran peso del subdesarollo en tantas regiones del mundo. Honradez y credibilidad en la política para el desa-

rrollo son las últimas pruebas para la seriedad del compromiso de Europa de defender los derechos y la dignidad humanos en el siglo XXI.

Durante la próxima década esta tendencia estará confrontada sobre todo con tres circunstancias, consideraciones y problemas, los cuales van a influir en el éxito de Europa:

a) El impacto que tiene la "importación" de los efectos de la Integración Europea en los sistemas políticos nacionales de los países miembros. Esto puede causar retrocesos en los países miembros y obstáculos locales en los esfuerzos por cumplir con todos los objetivos de la integración;

b) La disposición de vincular tareas con instrumentos, objetivos con compromisos y un sentido para los objetivos con la habilidad de organizar un consenso y actuar juntos con un sentido de solidaridad europea;

c) La importancia de fortalecer y ampliar la colaboración transatlántica, punto crucial de las relaciones exteriores de Europa, condición primordial para que Europa juege un papel relevante en el proceso de formar el futuro orden mundial.

Permítanme entrar en detalles sobre estos tres puntos:

1. Hasta el momento, la integración europea ha sido entendida, ante todo, como un proceso de "exportación" de conceptos para la integración y cooperación europea de un nivel nacional a un nivel europeo. Algunos argumentaron más a favor de una concentración de la soberanía a nivel europeo que otros. Pero la tendencia general ha sido la misma: Europa ha sido creada como un producto de exportación de la voluntad intelectual y política del nivel nacional al nivel europeo. Los intereses siempre han diferido, igual que las motivaciones y ambiciones. Nunca ha exisitido algo como un "interés natural europeo". Europa fue y es una combinación de intereses, razones y expectativas, los cuales son vinculados o también estorbados por la voluntad política, un foco claro y la disposición de aceptar los objetivos necesarios para realizar los conceptos. Esta dirección de la construcción de Europa, que muchas veces parece confusa, va a prevalecer en el futuro.

Al mismo tiempo en más y más países miembros la Integración Europea es percibida como un producto de importación. La experiencia de los países que quieren ingresar a la Unión Europea se puede ver muy claramente:

básicamente, estos países no negociaron las condiciones para su futura membresía, sino tenían y todavía tienen que aceptar el "acquis communitaire", es decir el consenso jurídico ya existente dentro de la UE. Las sociedades y legislaturas de estos países han pasado por revisiones y transformaciones de manera increíble e impresionante durante la década pasada. A veces da la impresión de que estos países están más preparados o al menos revisados más intensamente que muchos de los miembros actuales de la UE, ya que en éstos, por ejemplo, existe una gran diferencia entre lo que es la legislación europea y su implementación nacional. Sea como sea, las consecuencias de la integración europea no pueden ser negadas ni evitadas por los países miembros.

Este hecho ha originado consecuencias constitucionales y debates políticos dentro de la UE. Las implicaciones de la globalización, el futuro de la moneda común y el mercado común, el impacto que tiene la elaboración de una constitución europea y el engrandecimiento de la Unión van a afectar más que nunca los diferentes sistemas políticos nacionales, los reglamentos dentro de una Constitución y las tradiciones históricas. La cuestión no es si el modo inglés de tomar el desayuno armonizará con el que se practica en Grecia, o si las películas francesas, los automóviles alemanes o el vino italiano perderán las características que les hacen atractivos y también competitivos. La cuestión es más sustancial y al mismo tiempo más compleja. La esencia de la soberanía nacional y radio de acción nacional se está redefiniendo por la integración europea. Los países miembros empiezan a darse cuenta de que no pueden evitar estas consecuencias. Casi ninguno está ya preparado o puede ofrecer conceptos viables y persistentes. Al otro lado de la legislación, este proceso ha empezado a rozar el campo de la supremacía, lo cual puede afectar la relevancia de las cortes de constitución nacionales.

Aunque ochenta por ciento de la legislación económica de la Unión ha sido creado por ésta, las consecuencias de dicha legislación, tales como la reforma del Estado benefactor, manejo de las tendencias demográficas y de la imigración, permanecen asuntos nacionales. Mientras que la Unión Europea, probablemente se politizará más – por ejemplo, por la introducción general de votación mayoritaria calificada, el derecho general de cogestión del Parlamento Europeo y la elección del presidente de la Comisión Europea por la mayoría política del Parlamento Europeo – y mientras que este proceso está apoyado por el trabajo de la Corte Europea de Justicia, la política nacional está confrontada cada vez más con la necesidad de redefinir su situación, importancia y objetivos. En ocasiones esta tendencia se ve agravada por el aumento de ambiciones regionales y por la aspiración de las entidades regionales a alcanzar más derechos constitucionales. En general, todos los países

europeos se encuentran frente a la difícil tarea de armonizar su agenda nacional, no importa cuáles sean las opiniones locales.

Los miembros confrontados con la armonización de sus agendas domésticas, están perdiendo al mismo tiempo poder para tomar decisiones nacionales y capacidad para implementarlas. Los intelectuales políticos hablan de un sistema de gobernabilidad (governance) a todo nivel en la Unión Europea. Es decir, ellos analizan la nueva realidad que consiste en consecuencias compartidas de responsabilidad, muchas de las cuales no parecen muy claras; por un lado las realidades interdependientes de la vida política de los Estados nacionales y por otro la politización de la vida de la Unión Europea.

Este curso que han tomado las cosas no es malo y anhelo que continúe así. De hecho, pienso que la integración europea en toda su complejidad queda a la espera de una respuesta regional al tema de la globalización. Pienso que al final la integración europea tiene como meta la conservación de la diversidad cultural en Europa a través de medidas necesarias respecto a la integración y concentración de recursos y soberanías al nivel europeo. La interrogante queda en el campo del carácter futuro de los diferentes sistemas políticos nacionales. Naturalmente, éstos prevalecerán. El Estado nacional no va a desaparecer en Europa. Por otro lado, el Estado nacional está cambiando su carácter, su función y su objetivo. Aunque el resultado de este cambio no es muy claro, tampoco la forma política de la Unión Europea no lo es. En consecuencia, es evidente que los Estados nacionales de Europa se encuentran en un proceso de transformación, a consecuencia del proceso de integración que es en todo caso un camino deseado, voluntario y que va a continuar.

Un ejemplo significativo de esta tendencia y su reacción es la aspiración de los parlamentos nacionales de jugar un papel más protagónico dentro de la legislación europea. Los parlamentos nacionales fueron los perdedores de la integración y también los rezagados en el proceso de formulación y evolución de estructuras de gobernabilidad (governance) en Europa. La Convención Europea toma en serio las quejas de los parlamentos nacionales y la futura Constitución Europea muy probablemente contendrá un mecanismo mediante el cual los parlamentos nacionales (en nombre del notorio principio de “subsidiariedad”) obtendrán la capacidad de hacer contribuciones a la futura legislación de la Unión Europea. Cosas inesperadas pueden suceder. Pero Europa probablemente aceptará esto como el precio a pagar para encontrar un balance entre los diferentes niveles políticos, que reclaman el apoyo popular. El problema más grande de Europa – y supongo que lo es también para la

mayoría de democracias en el mundo – es que la aspiración a una mayor participación democrática, a transparencia y efectividad no responde satisfactoriamente a la pregunta de cómo generar élites políticas calificadas. Este es el problema más difícil de la democracia como forma de gobierno menos mala. Este problema probablemente persistirá.

Además, la nueva Constitución Europea seguramente incluirá una cláusula que defina un reglamento para salir de la Unión Europea. En el futuro, en vez de superar las diferencias obviamente inconciliables con cláusulas llenas de imaginación tales como: "opting-in" y "opting-out", "phasing-in" y "phasing-out", la Unión Europea quiere poner bien en claro los caminos de salida para aquellos países que no desean seguir el curso de la integración europea.

Los sistemas políticos nacionales y las estructuras de sus partidos reaccionan de diferente manera al reto de la europeización. Por un lado las llamadas familias políticas del Parlamento Europeo están desarollando una creciente identidad corporativa y también un poder político. Recientemente, en febrero de este año, la Comisión Europea ha propuesto que estas familias políticas deben recibir medios financieros del presupuesto europeo en caso de que estén representadas en el Parlamento Europeo o por lo menos en un tercio de los parlamentos nacionales o regionales de los países miembros. Por otro lado, muchos observadores describen las estructuras nacionales de los partidos políticos como crecientemente fragmentados. Tras una mirada general del escenario político en la UE y de los países candidatos, no se obtiene una imagen consolidada. Mientras la tendencia a elegir gobiernos de izquierda parece haberse terminado con la desilusión del "tercer camino" de Schroeder y Blair, que dejaron a solas posiciones socialistas tradicionales radicales, como las representadas por el anterior Primer Ministro de Francia Lionel Jospin, los partidos del centro o de derecha han quedado más fragmentados que sus antídotos de la izquierda.

Los partidos pequeños en Europa continúan reclamando que ellos son los verdaderos motores del cambio y la fuerza motriz detrás de los partidos populistas, sean de izquierda o de derecha. Los partidos pequeños de izquierda están en busca de nuevos conceptos, sobre todo en lo que se refiere a una respuesta crítica a la "globalización", como es la palabra de moda para una crítica progresiva (y tradicionalmente: anticapitalista). Para los partidos pequeños de derecha de algunos países, se ha vuelto muy estrecho el camino de la renovación y definición de su papel como motores dinámicos, sin caer en la trampa de populismo desconcertante.

Al mismo tiempo, considerando la terminación de las fronteras ideológicas antes existentes en Europa, hay la posibilidad de que se formen nuevas constelaciones. En Alemania y Austria llama la atención un cierto acercamiento entre los Demócratas Cristianos y los Verdes – esto aunque recientemente no se logró formar una coalición Negra-Verde en Austria. Por más que se predecía el fracaso, el ensayo de este experimento – en Colonia, la cuarta ciudad más grande de Alemania, gobierna desde hace pocos meses una mayoría Negra-Verde indica que existe un potencial para nuevas alianzas ideológicas con nuevos temas como biogenética, protección del medio ambiente y la búsqueda de respuestas locales y la tenacidad humana como reacción a las fuerzas de la globalización. Las futuras tendencias programáticas en Europa parecen estar representadas por conservadores de diferentes tintes: tradicionales, estructurales y liberales. El liberalismo ya no está discutido como una ideología política o económica, sino como un concepto cultural. Da la impresión que los votantes en Europa, en forma creciente, se interesan más en las imágenes y facciones de los políticos y los "consumen" como productos de televisión. Ahí se puede ver otro dilema grave de la democracia hoy en día, y no sólo en Europa.

Dondequiera que abundan las fuerzas de inercia, los Europeos tienden a reaccionar a favor de una expansión de la selección política que quieren ver representada en sus parlamentos. Los países ex comunistas en transformación en la década pasada, han tenido la experiencia de muchos nuevos partidos políticos. El resultado es una confusión de no saber quién es quién. Pero también en las democracias tradicionales de Europa la confusión ha aumentado. ¿Acaso ustedes saben si el partido italiano llamado "Olivo" es de derecha o de izquierda? La mayoría de nosotros percibe este nombre más como la materia prima de la cocina italiana y no la identifica con la política de ese país. La turbulenta historia pasada de Europa, muchas veces difícil de digerir, ha creado estructuras y posibilidades para coaliciones políticas complicadas que no son fáciles de comprender. Para ello sólo basta pensar en la coalición de seis partidos en Bélgica o en el entendimiento de conservadores y liberales en Dinamarca y Portugal.

Siempre cuando se pierde la visión general sobre las estructuras de los partidos políticos o sobre el potencial para conservar las mayorías existentes, el último recurso para redefinir la arena política, también en Europa, es el cambio de las leyes de elección. En Francia por el momento se discute una reforma a las elecciones locales, la que posiblemente se pondrá en práctica en las próximas elecciones locales y europeas. Esta reforma recortaría las posi-

bilidades para los partidos pequeños y aproximaría a Francia a un sistema mayoritario de dos partidos, como existe en Gran Bretaña.

Durante la década pasada, los países candidatos a la Unión Europea han pasado por un período de nuevas y, a veces, muy frágiles estructuras partidistas. En Europa Occidental, la fragmentación y las tendencias hacia partidos políticos pequeños, expresan la realidad del pluralismo post-moderno. En los países ex-comunistas en transformación, la fragmentación política representa los programas flojos de los partidos, como como también el cambio de las élites políticas y un alto grado de desconfinaza entre el electorado y el Estado. En cuanto al nivel europeo, será interesante observar el resultado de las elecciones del Parlamento Europeo en el año 2004. Estas, como nunca antes, van a tener un impacto en el ámbito político europeo de los próximos años. Aparte de eso, parece muy asombroso y también problemático, que las elecciones del Parlamento Europeo van a tener lugar nuevamente sin que existan leyes electorales europeas cohesivas.

2. El obstáculo más grande en el camino hacia una Europa más política está relacionado con la forma y el alcance que tenga una futura Unión Europea de Seguridad y Defensa. Francia y Alemania han propuesto una Unión de Seguridad y Defensa como consecuencia lógica de la Política Exterior común y de Seguridad de la UE ya existiente. Muchos argumentos han sido articulados para defender, por un lado, la responsabilidad europea en las operaciones políticas en Macedonia, y por otro lado para aprobar el papel pacificador europeo de la OTAN en Bosnia Herzegovina. Estas han sido las primeras y exitosas expresiones de la voluntad de Europa. De todas maneras el conflicto en Irak ha demostrado la diferencia grande que existe entre el éxito a nivel bajo y el fracaso a nivel alto de la solidaridad e integración europea. Sin embargo, el desarollo del asunto no es estático sino tiene que ser entendido en términos dinámicos y evolutivos. Desde las decisiones tomadas por el Consejo Europeo en Colonia en 1999 – después de la terminación de la guerra en Kosovo – Europa ha aceptado que ya no es más el importador de seguridad y el objeto de preocupaciones de seguridad para los E.E.U.U. y Rusia, las potencias de los flancos. La Unión Europea tiene que exportar estabilidad y seguridad si quiere asegurar su riqueza y firmeza y proyectar sus propios intereses en la estabilidad regional en un orden multipolar mundial.

Los instrumentos y mecanismos para la toma de decisiones se están elaborando. Los objetivos formulados en el Consejo Europeo de Helsinki 1999 han preparado el camino para crear un Grupo Móvil de Operaciones Especiales europeo hasta un límite de 60.000 soldados. En diciembre del 2000, los

Ministros europeos de Relaciones Exteriores y de Defensa se comprometieron de proveer más de 100.000 soldados, 400 aviones militares y 100 navíos militares para el Grupo Móvil de Operaciones Epeciales. Este proceso fue seguido por decisiones institucionales: En poco tiempo, el Consejo General Europeo, formado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros, será la única entidad responsable de la Política de Seguridad y Defensa Común de la UE. El Comité de política y seguridad que se compone de funcionarios de alto nivel de los países miembros ya está preparando las decisiones del Consejo General. Un "Comité para Aspectos Civiles del Manejo de Crisis" fue instalado para la coordinación de las actividades en el campo del manejo civil de crisis. En analogía a la OTAN se formó un Comité Militar de la UE que agrupa a los jefes de Estado Mayor de los países miembros. El trabajo en todos estos niveles es cooperativo, constructivo y exitoso. Aunque criticada de ser insuficiente y retórica, Europa incluso ha comenzado a elaborar su primera estrategia de política exterior.

Pero lo que realmente es indispensable para llegar a una política exterior y de seguridad europea y a una Unión Europea de Seguridad y Defensa, es la voluntad política de dejar a un lado el mantenimiento de los derechos de veto nacionales y caminar hacia la realización de objetivos comunes, sobre todo en lo que se refiere a temas relevantes de nuestro tiempo. La crisis de Irak ha demostrado que por el momento la Unión Europea parece estar años luz lejos de sus aspiraciones. El problema no es institucional, sino político, por las diversas percepciones de amenazas e intereses estratégicos, nutridos por debates nacionales divergentes en el ámbito político y apoyado por ambiciones nacionales. Esta es la razón principal por la cual se ha asuscitado el desmoronamiento de la solidaridad europea y entre aliados, a consecuencia de la oposición unilateral e inoportuna de Alemania de apoyar a las Naciones Unidas en su prueba de fuerza con Saddam Hussein. Ultimamente, Alemania ha perdido su posición de fuerza motriz en la Unión Europea de Seguridad y Defensa. Si la Unión adquiere más fuerza y capacidad en los próximos años, será gracias a la influencia de Francia y Gran Bretaña y no de Alemania. Para superar este punto crítico, conviene revisar la historia franco-alemana, en lo concerniente a la introducción del EURO. Más importante que confiar en la aproximación natural y en la convergencia de intereses y ambiciones, es la necesaria voluntad política para lograr objetivos europeos con los cuales, al final, todos los miembros de la UE y las Instituciones Europeas se pueden identificar.

En vez de las fricciones políticas y diplomáticas actuales, se deben observar dos importantes mecanismos, que pueden apoyar a fomentar la solida-

ridad en las políticas europeas de Relaciones Exteriores y de Defensa. El primer mecanismo es tecnológico, el segundo fiscal. La Unión Europea ha empezado a construir la fundación económica de sus futuras políticas de relaciones exteriores, de seguridad y de defensa, creando un mercado común para bienes militares y una industria de defensa europea. Mientras los Estados miembros gastan alrededor de 170 billiones de Euros por año en la defensa, el presupuesto militar de los E.E.U.U. es dos veces más grande. Mientras los Estados miembros gastan 10 billones de Euros al año en investigaciones militares, los E.E.U.U. invierten 50 billones de Euros en este rubro. Es más, las estructuras nacionales de los mercados de bienes militares dentro de la UE están causando duplicaciones y por eso hay también un déficit financiero combinado de más de 100 millones de Euros al año. Si todos los Estados miembros adquirieran o produjeran su equipo militar en conjunto, obtendrían más seguridad por menos dinero. Al final, consideraciones fiscales podrían resultar un factor importante de unificación e integración en el campo de la defensa. Mientras el incremento de los gastos militares nacionales todavía es limitado dentro de la UE – aun cuando Alemania hiciera todo lo esperado por sus socios europeos – la presión para ahorrar dinero tendrá un impacto en el futuro desarrollo de un mercado europeo de producción y adquisición de bienes militares. La creación de una Compañía Europea de Defensa Aérea y Satélites ha sido otro paso importante en el camino correcto. Los expertos critican lo poco que se logra y con mucha lentitud; sin embargo, hay que recordar que si la integración europea no fuera empujada por presiones externas fuertes, ésta hubiera caminado a paso de tortuga.

Hasta ahora no existe un presupuesto europeo para la política exterior y de defensa. A pesar de muchas reformas, un cincuenta por ciento del presupuesto europeo está previsto para subsídios agrícolas, mientras sólo un cinco por ciento para la política exterior y de defensa. El presupuesto de la UE para el período fiscal del 2007 al 2013 requiere un margen más grande para la prevención de crisis civiles y superación de conflictos, como por ejemplo el compromiso de la Unión Europea en Europa Sudoriental y Afganistán. La Comisión Europea también ha iniciado el análisis de opciones para la creación de nuevos modelos de financiamiento de las intervenciones militares del Grupo Móvil de Operaciones Militares. La Comisión tiene la intención de crear una partida presupuestaria de “defensa común”. Una parte del problema es la falta de derechos presupuestarios del Parlamento Europeo. En poco tiempo, el Parlamento Europeo que estará representando a más de 480 millones de ciudadanos europeos, ha ganado progresivamente poder legislativo, a través del mecanismo de decisiones mutuas con el Consejo Europeo. El Parlamento Europeo, sin embargo, sigue siendo una “representación sin tasación”. Como

sabemos, el "Boston Tea Party" ha dado lugar a la revolución norteamericana con el eslogan reverso. El camino para llegar a un presupuesto europeo completo, aprobado por el Parlamento Europeo y que aglutina varios elementos de los recursos de la UE bajo el techo de un "Impuesto Europeo" es todavía largo y lleno de espinas. La suposición de que los nuevos retos en el campo de la seguridad del siglo XXI van a originar una revolución positiva en el proceso de la integración, naturalmente es sólo especulación, pero puede darse.

3. Las relaciónes con los Estados Unidos ocupan un lugar relevante en las relaciones internacionales de la UE. El ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington fue seguido por una ola de solidaridad con los E.E.U.U., tanto en Europa como también en todas las partes del mundo. Lo que sucedió después de tal fatal acontecimiento dio origen a un cambio de percepción de muchos países de la UE que a raíz del conflicto con Irak se preguntan: ¿Cuál es nuestra posición frente a los Estados Unidos? Las percepciones de amenaza lo sienten de diferente forma tanto americanos como europeos. Los cálculos políticos como en el caso del Canciller Alemán Schroeder – para quien la reelección en el año 2002 fue más importante que la preservación de la unidad de la alianza – causaron la crisis más grande en la alianza atlántica y también quebrantaron la solidaridad europea de una manera sustancial. La lección que se puede tomar de esta crisis es la siguiente: La alianza atlántica y la cohesión europea están entrelazadas entre sí y ninguna de las dos, puede realizarse sin el otro.

Entender esta situación es muy importante en un momento en el cual cada vez más europeos – apoyados no sólo de algunos líderes europeos oscuros – desean que Europa se emancipe de los Estados Unidos, también por razones geo-estratégicas. Pero hay que aclarar que esta emancipación va a terminar en detrimento de Europa. Un "Gaullismo" europeo, sea cual sea su forma contemporánea, necesita la alianza atlántica, como el General de Gaulle necesitó al General Eisenhower para liberar a Paris de la Alemania Nazi en 1945. Esta razón fundamental no ha cambiado en nada. Después de todo Europa está nutrida por un sinnúmero de memorias y valores comunes, una enorme dependencia económica, y por lazos culturales y sociales que son latentes aun cuando son utilizados para marcar diferencias y para retratar al otro con el propio espejo. La tendencia política de la década pasada de definir las relaciones atlánticas más a través de los límites que a través de las oportunidades, ha sido extremamente contraproductivo. Es muy alarmante que ya se hable sobre la posibilidad de un "divorcio estratégico" entre la UE y los E.E.U.U, a causa de lo acontecido los meses pasados.

La Unión Europea favorece un orden mundial multipolar estable. Esto requiere el enlace más estrecho posible con los Estados Unidos como el socio más importante de Europa. De otra manera la UE fácilmente podría estar aprisionada entre la superpotencia de Norteamérica y Rusia o podría ser abatida por un unilateralismo norteamericano. Encontrar el balance apropiado entre un perfil europeo en las políticas mundiales y la aceptación y desarrollo de una agenda común con los E.E.U.U. será el reto más importante, delicado y difícil para la evolución de una identidad política en Europa. Ahora, la Unión Europea y los E.E.U.U. están divididos por tres líneas fronterizas fundamentales, que surgieron durante la crisis con Irak: un abismo en lo que se refiere a soberanía, ya que la UE ha desarrollado casi genéticamente instintos multilaterales, mientras que los Estados Unidos han desarrollado un unilateralismo de superpotencia con una perfección peligrosa; una diferencia de intereses, ya que los E.E:U.U. tienen "intereses nacionales" claros y consensuales mientras la Unión Europea se encuentra en este punto en un estado embrionario de definir intereses políticos comunes; y finalmente una diferencia en lo que se refiere al potencial, ya que los E.E.U.U. son estratégicamente autónomos en sus recursos (y dominan una "potencia dura") mientras la UE hasta ahora se ha concentrado en globalizar su estatus de poderío económico y civil y tiene en la mira a una "potencia débil".

Superar estos abismos y reinventar la alianza atlántica tendrá prioridad para diseñar el camino y el papel global de Europa en el nuevo siglo. Si ambos socios fallan en hacer esto y declaran que la alianza atlántica es una herencia restante de la guerra fría, Europa perdería más que los E.E.U.U. De hecho, esto podría hasta quebrantar la muy compleja búsqueda interna de cohesión e integración, ya que para Europa está mucho más en juego que para los E.E.U.U. El deshecho de los lazos atlánticos, que fue iniciado por mi propio canciller alemán, no quedó limitado a la relación entre Alemania y los E.E.U.U. Ha afectado también a la OTAN y a la solidaridad europea. Es difícil decir qué es lo que va a prevalecer, pero lo más importante es que Europa debe empezar nuevamente a enviar mensajes claros sobre sus deseos y de facto no puede permitirse, en el proceso de integración, actuar en contra de los Estados Unidos o en deterioro de las relaciones transatlánticas.

En el mundo actual esto tal vez parecería como intentar cuadrar un círculo. Los intereses son demasiado altos para ambos socios atlánticos que anhelan el bienestar de los ciudadanos a los dos lados del océano atlántico y las otras regiones del mundo tendrán que entender que Europa sólo puede apoyar la evolución de un orden mundial multipolar – el cual está, en el ámbito de la política internacional actual, en el centro de los intereses de Europa – si lo

hace en acuerdo con los E.E.U.U. Sólo así puede construir un orden mundial que dará a la China, la India, el mundo árabe y a Asia-Pacífica, Japón y América Latina, Africa y Asia Sudoriental la posición legítima y apropiada que merecen.

La dirección está tomada hacia un papel global de Europa. La transparencia de su perfil es todavía muy débil; las contradicciones son evidentes y los conflictos serán inevitables. Pero Europa se está moviendo hacia una nueva proyección de sí misma y hacia una nueva presencia en asuntos globales: la de un socio para el mundo, de un socio en el diálogo más urgente y muchas veces difícil, entre culturas, un socio en la búsqueda de un balance entre la libertad y la cohesión social, un socio para nutrir las raíces y la identidad cultural y al mismo tiempo abrazando y transformando los beneficios de la globalización y la vida en el mundo. Es una Europa nueva la cual está emergiendo de procesos desmoralizantes y a veces difíciles, una Europa transformada, que debería ser tomada por su palabra en otras regiones del mundo. Europa desea ser un nuevo socio para facilitar la evolución hacia un mundo mejor, justo, libre y seguro, para el beneficio de todos los ciudadanos.

CONTROL DE LA ADMINISTRACION

Por Raúl Alberto Torres Ferreira (*)

Sumario: 1. Control de la Administración. 1.1. Introducción. 1.2. Clases y funcionamiento de cada uno. 1.2.1. Control Legislativo; 1.2.2. Control Jurisdiccional; 1.2.3. Control Administrativo. 1.3. Nuevos mecanismos de control. 1.3.1. La Contraloría General de la República. La Auditoria General del Poder Ejecutivo y las Auditorias Internas Institucionales. 1.3.2. La Procuradoría General de la República, 1.3.3. El Ombusman o Defensor del Pueblo. 1.4. Responsabilidad del Funcionario. 1.5. Conclusiones.

1. CONTROL DE LA ADMINISTRACION

1.1. Introducción

Existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control en todas las instancias del quehacer público.

El control se impone, como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la estabilidad estatal, tal como lo refiere Roberto Dromi, en su obra "Derecho Administrativo" (IV Ed. Actualizada. 1995, p.673).

Agrega el citado autor: "Sin control no hay responsabilidad; no puede haber responsabilidad pública sin fiscalización eficaz de los actos del Estado".

A tal fin existe una diversidad de vías y remedios procesales, para hacer efectivo dicho control. A ello hay que sumar también la estructura orgánica especializada a los fines fiscalizadores del quehacer administrativo.

---

*) Alumno del Sexto Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

El Art. 3º de la Constitución Nacional establece un sistema de control entre los órganos políticos del Estado al disponer: "El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control".

La Constitución Nacional también establece vías procesales para garantizar los derechos reconocidos como las Acciones de Amparo (Art. 134 C.N.), Habeas Corpus (Art. 133 C.N.) y Habeas Data (Art. 135 C.N.).

Igualmente consagra instituciones como la Procuradoría General de la República (Art. 244/246), la Defensoría del Pueblo (Arts.276/280), la Contraloría General de la República (Arts.281/284), la Comisión Bicameral de Investigación (Art. 195 C.N.), la Interpelación (Art. 71 C.N.), etc.

Por otra parte, además de los controles externos parlamentarios (parlamentarios y jurisdiccionales), se han instaurado dentro de la administración pública órganos específicos de control interno, según el sector de la actividad estatal.

1.2. Clases y funcionamiento de cada uno

En este trabajo, por razón de espacio, sólo nos referiremos a los aspectos fundamentales de cada instituto.

Los sistemas tradicionales de control constituyen; a) Control Legislativo; b) Control Jurisdiccional; y c) Control Administrativo.

1.2.1. Control Legislativo

El control legislativo es el ejercido por el Parlamento Nacional, cuyas funciones se hallan establecidas en los Arts. 182 al 225 de la Constitución Nacional.

La división de los poderes, tal como lo establece el Art. 3º de la C.N. persigue un recíproco control de quienes los ejercen.

Así el Poder Legislativo cumple su función de contrapesar al Ejecutivo a través del control directo en su actividad administrativa.

A tal efecto el Poder Legislativo puede enjuiciarle políticamente al Presidente de la República, así como interpelar a los Ministros del Poder Ejecutivo.

Igualmente el Poder Legislativo puede enjuiciar a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y al Fiscal General del Estado, por mal desempeño de sus funciones.

1.2.2. Control Jurisdiccional

El Poder Judicial a través de los Jueces ejerce el control por excelencia de los demás órganos que ejercen el poder del Estado.

Los Jueces son los encargados de aplicar la ley y resguardan a los particulares de la ilegalidad de los actos en que podría incurrir la administración, ya que ellos son los encargados de fiscalizar la arbitrariedad y los excesos del poder, tutelando los derechos subjetivos de los particulares.

Los particulares pueden recurrir de los actos administrativos a través del procedimiento contencioso administrativo.

Con el objetivo de descentralizar la justicia y dejar bien sentado el principio de que ningún acto del poder público es inmune a la revisión judicial, está en marcha el proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo. El anteproyecto fue elaborado por el Dr. Sindulfo Blanco, quien presentó su trabajo a la Comisión Nacional de Codificación, que le introdujo algunas modificaciones y lo convirtió en proyecto de Código.

Tal proyecto "está basado en nuestra realidad, contrastado con el régimen jurídico vigente y la Doctrina y la legislación extrajera y que básicamente son las siguientes: La descentralización de la justicia Contensioso-Administrativa, acercar el justiciable al Poder Judicial y proteger y fortalecer el trabajo especializado del Tribunal de Cuentas, refiere el proyectista" en el diario ABC Color pág. 44 Sección Judiciales y policiales del 3 de octubre de 2001. Igualmente señaló "que este código permitirá aliviar la tarea de los juzgados civiles, laborales, teniendo en cuenta que el trabajo quedará a cargo de los jueces electorales". Agrega que se reglamenta "el Art. 40 de la Constitución Nacional respecto a las consecuencias jurídicas del silencio de la administración como también lo relativo a la revocabilidad de los actos administrativos por la propia autoridad emisora de la resolución. Se sienta el principio de que ningún poder público es inmune a la revisión judicial".

Por otra parte el Tribunal de Cuentas es el organismo judicial que controla las cuentas de inversión de la administración (Art. 265 C.N.).

Igualmente la Corte Suprema de Justicia puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, hecho que constituye un control de la función específica del Parlamento, que es la de dictar leyes (Art. 259 inc. 5) C.N.).

1.2.3. Control Administrativo

El estado de derecho impone a la administración principios y criterios de probidad administrativa y pública, rectitud y moralidad en el obrar, que deben ser afianzados por los procedimientos de control interno y externo del quehacer público estatal o no.

El que administra tiene el deber jurídico de rendir cuenta de su administración y responder de sus actos, a cuyo efecto nuestra Constitución Nacional y la leyes que reglamentan su ejercicio han establecido mecanismos de control.

Las autoridades administrativas, en cuanto a sus actos, se hallan sujetas a un control jerárquico institucional por parte de las autoridades legítimamente regladas, ya que tales actividades se hallan en la esfera del Derecho Público.

Dentro de la administración los particulares pueden recurrir de los actos administrativos que les agravien ante las mismas autoridades que las realizaron o ante las instancias administrativas superiores, de acuerdo a disposiciones legales regladas, para luego poder recurrir al Tribunal contencioso administrativo y a la Corte Suprema de Justicia, por vía de recursos.

Igualmente existen disposiciones penales que garantizan la legalidad de las actuaciones administrativas, ya que los administradores de la cosa pública, en caso de infringir tales disposiciones, podrían ser pasibles de sanciones y responsabilidades civiles y penales.

1.3. Nuevos mecanismos de control

Entre los nuevos mecanismos de control —solamente nos referiremos a algunos de ellos, por razón de espacio y en forma sumaria— se encuentran la Contraloría General de la República, el Ombusman o Defensor del Pueblo y la Procuraduría General de la República.

1.3.1. La Contraloría General de la República. La Auditoria General del Poder Ejecutivo y las Auditorias Internas Institucionales

Este sistema de contralor fue incorporado por la nueva Constitución y se halla establecida en las disposiciones de los Arts.281 al 284 de la Constitución Nacional y reglamentada por la Ley Nº 276/94 Orgánica y Funcional de la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades, en la forma determinada por esta Constitución y por la ley. Además, goza de autonomía funcional y administrativa (Art. 281 C.N.).

Tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas jurídicas relativas a la administración financiera del Estado y proteger el patrimonio público, estableciendo las normas, los procedimientos requeridos y realizando periódicas auditorías financieras, administrativas y operativas; controlando la normal y legal percepción de los recursos y los gastos e inversiones de los fondos del sector público, multinacional, nacional, departamental o municipal sin excepción, o de los organismos en el que el Estado sea parte o tenga interés patrimonial a tenor del detalle desarrollado en el Art. 9º de la presente ley; y aconsejar, en general, las normas de control interno para las entidades sujetas a su supervisión (Art. 2º Ley 276/94).

Se compone de un Contralor y un Subcontralor.

Cada uno de ellos será designado por la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta de sendas ternas de candidatos propuestas por la Cámara de Senadores con idéntica mayoría.

Durarán en sus funciones cinco años, los cuales no serán coincidentes con el mandato presidencial. Podrán ser confirmados en el cargo solamente por un período más, con sujeción a los mismos trámites. Durante tal lapso gozarán de inamovilidad, no pudiendo ser removidos sino por la comisión de delitos o por mal desempeño de sus funciones (Art. 282 C.N.).

Sus deberes y atribuciones se hallan establecidos en el Art. 283 de la C.N: “De los Deberes y de la Atribuciones: Son deberes y atribuciones del Contralor General de la República:

1) el control, la vigilancia y la fiscalización de los bienes públicos y del patrimonio del Estado, los de las entidades religiosas o departamentales, los de las municipalidades, los del Banco Central y de los demás bancos del Estado o mixtos, el de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, así como los de las empresas del Estado o mixtas;

2) el control de la ejecución y liquidación del Presupuesto General de la Nación;

3) el control de la ejecución y liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el apartado 1), como asimismo el examen de sus cuentas, fondos e inversiones;

4) la fiscalización de las cuentas nacionales de las empresas o entidades multinacionales de cuyo capital participe el Estado en forma directa o indirecta, en los términos de sus respectivos tratados;

5) el requerimiento de informes sobre la gestión fiscal y patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta o privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades religiosas o departamentales y a los municipios, todas las cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones;

6) la recepción de las declaraciones juradas de bienes de los funcionarios públicos, así como la formación de un registro de las mismas, y la producción de dictámenes sobre la correspondencia entre tales declaraciones, prestadas al asumir los respectivos cargos, y los aludidos funcionarios formulen al cesar en ellos;

7) la denuncia a la justicia ordinaria y al Poder Ejecutivo de todo delito del cual tenga conocimiento en razón de sus funciones específicas, siendo solidariamente responsable, por omisión o desviación, con los órganos sometidos a su control, cuando éstos actuasen con deficiencia o negligencia;

8) los demás deberes y atribuciones que fije la Constitución y las leyes".

Tales funciones también se hallan establecidas en el Art. 9º de la Ley 276/94.

El Art. 284 de la C.N. le otorga al Contralor y al Subcontralor las mismas inmunidades e incompatibilidades prescritas para los magistrados judiciales.

En cuanto a su remoción, se seguirá el procedimiento relativo al juicio político.

La Ley Nº 276/94 reglamenta este instituto consagrado por la Constitución Nacional legislando sobre su composición, designación y remoción, sobre las intervenciones y pedidos de informes, intervención judicial, así como sobre el régimen de adquisiciones y contrataciones, su estructura orgánica y determinación de funciones, y sobre el régimen del personal de la Contraloría General y de las responsabilidades y sanciones.

La Ley N° 1.535/99 De Administración Financiera del Estado establece disposiciones referentes al control administrativo al legislar en el Título VII, Arts. 59/69.

El sistema de control de la Administración Financiera del Estado será externo e interno, y estará a cargo de la Contraloría General de la República, de la Auditoría General del Poder Ejecutivo y de las Auditorías Internas Institucionales (Art. 59).

El control interno está conformado por los instrumentos, mecanismos y técnicas de control, que serán establecidos en la reglamentación pertinente. El control interno comprende el control previo a cargo de los responsables de la Administración y control posterior a cargo de la Auditoría Interna Institucional y de la Auditoría General del Poder Ejecutivo (Art. 60).

La Auditoría Interna Institucional constituye el órgano especializado de control que se establece en cada organismo y entidad del Estado para ejercer un control deliberado de los actos administrativos del organismo respectivo, de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas. Dependerá de la autoridad principal del organismo o entidad.

Su tarea principal consistirá en ejercer el control sobre las operaciones en ejecución; verificando las obligaciones y el pago de las mismas con el correspondiente cumplimiento de la entrega a satisfacción de bienes, obras, trabajos y servicios, en las condiciones, tiempo y calidad contratados (Art. 61).

La Auditoría General del Poder Ejecutivo dependerá de la Presidencia de la República. Como órgano de control interno del Poder Ejecutivo realizará auditorías de los organismos y entidades dependientes de dicho poder del Estado y tendrá también a su cargo reglamentar y supervisar el funcionamiento de las Auditorías Internas Institucionales. El control será deliberado, a posteriori, de conformidad con la reglamentación pertinente y las normas de auditoría generalmente aceptadas (Art. 62).

El control externo será realizado mediante las acciones que para tal efecto se ejerzan con posterioridad a la ejecución de las operaciones de las entidades y organismos del Estado y estará a cargo de la Contraloría General de la República (Art. 63).

Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo anterior de la presente ley, y con la correspondiente autorización del Poder Ejecutivo los organismos y entidades del Estado podrán contratar auditorías externas independientes, en cumplimiento de las disposiciones establecidas en sus respectivas cartas orgánicas y en cláusulas contractuales de convenios internacionales (Art. 64).

La Contraloría General de la República tendrá a su cargo el estudio de la rendición y el examen de cuentas de los organismos y entidades del Estado sujetos a la presente ley, a los efectos del control de la ejecución del presupuesto, la administración de los fondos y el movimiento de los bienes y se basará, principalmente, en la verificación y evaluación de los documentos que respaldan las operaciones contables que dan como resultado los estados de situación financiera, presupuestaria y patrimonial, sin perjuicio de otras informaciones que se podrán solicitar para la comprobación de las operaciones realizadas.

Los organismos y entidades del Estado deben tener a disposición de los órganos del control interno y externo correspondientes, la contabilidad al día y la documentación sustentatoria de las cuentas correspondientes a las operaciones efectuadas y registradas (Art. 65).

Durante el transcurso del ejercicio fiscal los organismos y entidades del Estado deberán presentar al Ministerio de Hacienda, dentro de los quince primeros días de cada mes, la información presupuestaria, financiera y patrimonial correspondiente al mes inmediato anterior, para los fines de análisis y consolidación de estados e informes financieros, conforme a las modalidades que para el efecto establezca la reglamentación.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Hacienda podrá requerir cualquier otro estado o información adicional que sea necesario para dar debido cumplimiento a las exigencias de la presente ley sobre preparación y presentación de informes.

El incumplimiento por parte de los organismos y entidades del Estado de las obligaciones a que se refiere este artículo determinará la aplicación, al funcionario responsable, de las sanciones legales correspondientes (Art. 66).

El Ministerio de Hacienda pondrá a disposición del Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional a más tardar el 31 de marzo, un informe que contendrá el conjunto de Estados Contables que presentará la posición financiera, económica, presupuestaria y patrimonial consolidada de los organismos y entidades del Estado, referente a cada ejercicio fiscal cerrado y liquidado, con el estado comparativo de lo presupuestado y lo ejecutado (Art. 67).

Antes que culmine el mes de abril de cada año, el Presidente de la República, basándose en el informe presentado de conformidad a lo previsto en el artículo anterior, remitirá a la Contraloría General de la República un informe anual referente a la liquidación del presupuesto del año anterior (Art. 68).

Dentro de los cuatro meses posteriores a la fecha de presentación del informe anual del Poder Ejecutivo, la Contraloría General de la República pondrá a consideración del Congreso Nacional, un informe y dictamen sobre el mismo, de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas.

A los efectos mencionados en el artículo anterior, y a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 282 de la Constitución Nacional, las Cámaras de Senadores y de Diputados conformarán una Comisión Bicameral integrada por cinco Senadores y ocho Diputados. La Comisión Bicameral así constituida tendrá un plazo máximo e improrrogable de treinta días para expedirse sobre el informe presentado por el Presidente de la República conforme a la presente ley. Cada Cámara del Congreso tendrá un plazo de treinta días para aprobar o rechazar el informe del Presidente de la República, a cuyo efecto podrá solicitar todos los informes adicionales que requiera, tanto a los organismos y entidades del Estado como a la Contraloría General de la República. Si las Cámaras disintieran, se estará a lo dispuesto por el Artículo 206 de la Constitución, pero los plazos serán de quince días por Cámara (Art. 69).

1.3.2. La Procuradoría General de la República

Nuestra nueva Constitución Nacional también ha incorporado esta institución como sistema de contralor.

La Procuraduría General de la República es una institución creada por la Constitución Nacional de 1992.

La Procuraduría General de la República estará a cargo de un Procurador General y de los demás funcionarios que determine la ley (Art. 244 C.N.)

El Art. 245 de la C.N. expresa que el Procurador General de la República debe reunir los mismos requisitos exigidos para ser Fiscal General del Estado. Es nombrado y removido por el Presidente de la República. Las incompatibilidades serán establecidas en la ley.

El Art. 246 de la C.N. establece sus deberes y atribuciones en los siguientes términos:

1) Representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República.

2. Dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes;

3. Asesorar jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine la ley; y

4. Los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

De las referidas disposiciones constitucionales podemos inferir la importancia de la institución, ya que el Procurador General de la República ejerce la representación legal del Estado y tiene a su cargo la dirección de todos los asuntos jurídicos legales relacionados con los entes centralizados, descentralizados, autárquicos, autónomos y mixtos.

En tal carácter al representar y defender al Estado dentro y fuera del territorio nacional, ejerce la representación legal en toda clase de juicio en la que el Estado sea parte actora o demandada.

Como Abogacía del Estado la Procuraduría tiene la atribución de promover acciones judiciales y extrajudiciales para el cobro de las obligaciones

de créditos, impuestos, tasas, recargos y multas, pagarés, letras, cheques y otros documentos de cualquier especie.

Por otra parte, en el carácter mencionado también emite dictámenes y asesora jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine la ley.

Lo que trata de hacer es evitar la mezcla de funciones que normalmente se da entre el Ministerio Público y la Procuradoría del Estado.

El Procurador del Estado viene a ser un abogado del Estado para las cuestiones patrimoniales exclusivamente.

El Ombusman o Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y la Procuradoría General de la República son nuevos sistemas de control de la administración, incorporados por la nueva Constitución, que no se superponen con los sistemas tradicionales sino que los complementan.

1.3.3. El Ombusman o Defensor del Pueblo

Este sistema de contralor ha sido establecido en la nueva Constitución Nacional y se halla legislado en los Arts. 276 al 280, en los que se define esta figura y se consagra su autonomía, se regula su nombramiento y remoción, así como los requisitos, las incompatibilidades y las inmunidades; igualmente legisla sobre los deberes y atribuciones y finalmente se estatuye que sus funciones serán reguladas por la ley a fin de asegurar su eficacia, pudiendo nombrarse defensores departamentales o municipales.

El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios (Art. 276 C.N.).

En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva.

La institución del Ombusman o Defensor del Pueblo es de origen nórdico, pero es un figura incorporada a diversas Constituciones europeas y americanas y en los hechos, ha demostrado su eficacia; por sobre todo busca frenar los abusos del Poder Estatal y porque los órganos de procedimiento tradicionales han sido ineficaces.

El defensor se constituye en un eficaz colaborador de la Administración Pública, en el sentido de buscar que éste esté en una situación democrática y tenga una mayor preocupación por la defensa de los derechos y de las libertades de los ciudadanos.

Constituyen sus deberes y atribuciones:

1) recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establecen la Constitución y la Ley.

2) requerir de las autoridades, en sus diversos niveles, incluyendo los de los órganos policiales y de los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna. Podrá acceder a los locales en los cuales se denuncie la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio;

3) emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos;

4) informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso;

5) elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que, a su juicio, requieren pronta atención pública;

6) los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

1.4. Responsabilidad del funcionario público

Las responsabilidades de las autoridades y funcionarios públicos se hallan previstas en el Art. 106 de la Constitución Nacional y reglamentada por los Arts. 82/83 de la Ley Nº 1535/99 De Administración Financiera del Estado. Igualmente el Código Penal y el Código Civil contienen disposiciones referentes a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Según dicha norma constitucional, ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones como delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiarias del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto (Art. 106 C.N.).

Las autoridades, funcionarios y, en general, el personal al servicio de los organismos y entidades del Estado a que se refiere el Artículo 3º de esta ley que ocasionen menoscabo a los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a sus obligaciones legales, responderán con su patrimonio por la indemnización de daños y perjuicios causados, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o penal que les pueda corresponder por las leyes que rigen dichas materias (Art. 82).

Constituyen infracciones conforme a lo dispuesto en el Art. 82 de la citada Ley Nº 1535/99:

a) incurrir en desvío, retención o malversación en la administración de fondos;

b) administrar los recursos y demás derechos públicos sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación e ingreso en la Tesorería;

c) comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlo o con infracción de lo dispuesto en la Ley de Presupuesto vigente;

d) dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir los documentos en virtud de las funciones encomendadas;

e) no rendir las cuentas reglamentarias exigidas, rendirlas con notable retraso o presentarlas con graves defectos; y

f) cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, o cualquier otra norma aplicable a la administración de los ingresos y gastos públicos (Art. 83).

Conocida la existencia de infracciones de las enumeradas en el artículo anterior, los superiores jerárquicos de los presuntos responsables instruirán las diligencias previas y adoptarán las medidas necesarias para asegurar los derechos de la administración pública, poniéndolas inmediatamente en conocimiento del Ministerio de Hacienda, de la Auditoría General del Poder Ejecutivo y, en su caso, de la Contraloría General de la República, para que procedan según sus competencias y conforme al procedimiento establecido (Art. 84).

1.5. Conclusiones

En el presente trabajo, dados los numerosos títulos que deben ser desarrollados y el poco espacio que disponemos sólo nos referimos tangencialmente sobre los mismos.

Constituyen mecanismos tradicionales de control, el Legislativo, el Jurisdiccional y el Administrativo.

Ante la insuficiencia de los mismos se han creado nuevos mecanismos de control, entre los que mencionamos la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y el Ombusman o Defensor del Pueblo.

Estos últimos han sido creados por nuestra Constitución Nacional de 1992, y se hallan implementados recientemente.

La Contraloría se halla reglamentada, además de las normas constitucionales, por la Ley Nº 276/94.

La Procuraduría General de la República y el Ombusman o Defensor del Pueblo, sólo se hallan reglamentados por la Constitución Nacional y aún no cuentan con leyes específicas que los reglamenten con más detalle como corresponde, constituyendo tal circunstancia una necesidad de emergencia para que los mismos puedan cumplir con sus objetivos.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios, se halla consagrada en el Art. 106 de la Constitución Nacional y Reglamentada por los Arts. 82/84 de la Ley Nº 1535. Igualmente el Código Penal y el Código Civil contienen disposiciones referentes a la responsabilidad de los funcionarios públicos

BIBLIOGRAFIA

Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992. La Ley Paraguaya. Tercera Edición. Asunción-Paraguay 2002.

Ley Nº 1535/99 De la Administración Financiera del Estado

Ley Nº 276/94 Orgánica y Funcional de la Contraloría General de la República.

Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. 4ta. Edición Actualizada. Buenos Aires. 1995.

Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.A.) Año 1999. pp. 71/76.

Chase Plate, Luis Enrique. La Constitución. La Función Ejecutiva. La Administrativa. Asunción-Paraguay, 1992

Diario ABC Color, pág. 44, Sección Judiciales y Policiales del 3 de octubre de 2001.

BRILLANTE FILIAL DE DERECHO UNA, CON UN MAJESTUOSO LOCAL

Por Guillermo Trovato Fleitas (*)

El 14 de mayo del corriente año, fue inaugurado el edificio propio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Filial San Juan Bautista de las Misiones, ente académico que está dirigido por el Prof. Abog. Guillermo Trovato Pérez, quien se desempeña como Director, secundado por un plantel envidiable de funcionarios, encabezado por la eficiente secretaria, Nidia Ramos de Alegre.

Dicha Filial fue creada en el año 1994, a iniciativa del Prof. Abog. Guillermo Trovato Pérez, cuando el mismo se desempeñaba como Presidente del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de San Juan Bautista de las Misiones, como también del Gobernador en ese entonces, Sr. Roque Achar Pujol y del Dr. Nicodemus Rodríguez, Intendente Municipal de la Ciudad de San Juan Bautista. Felizmente, para la creación de esta Filial, hubo la predisposición política necesaria, como así también el necesario timón impulsor para tamaña tarea, representad excelentemente en su persona el Dr. Guillermo Trovato Pérez.

Después de mucho trajinar, y de innumerables visitas y reuniones en el Rectorado, Poder Legislativo y otras instituciones gubernamentales por parte del futuro Director, finalmente, el 20 de diciembre de 1994, se dio apertura al Cursillo de Ingreso, dando la clase inaugural el Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo, quien se dirigió a los alumnos, padres de estos y demás autoridades; dando un mensaje de aliento que hasta arrancó lagrimas a algunos de los presentes.

---

*) Alumno del Cuarto Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Filial San Juan Bautista de las Misiones.

Los primeros años se iniciaron las clases, primeramente en los salones de la Gobernación, y el área administrativa en el local de la Municipalidad. En ese entonces, los alumnos abonaban una cuota mensual, a fin de abonar los haberes mensuales de los profesores, teniendo en cuenta que el Director y los demás funcionarios se desempeñaban *ad honorem*, es decir sin salario. Posteriormente, ante el crecimiento de alumnos, la Institución se tuvo que mudar al Ministerio de Educación y Cultura, lugar en donde funciona la Administración Educativa Departamental.

Felizmente, a principios del año 1996, cuando el Sr. Director de la Filial Prof. Guillermo Trovato, se desempeñaba también como Presidente del Tribunal de Apelaciones de San Juan Bautista de las Misiones, tuvo conocimiento que una fracción de terreno, que pertenecía la Unidad Militar, consistente en una pista de aterrizaje, y en frente, atravesando la Ruta I, una cancha de fútbol estaba prácticamente a disposición de la Municipalidad. El entonces Presidente del Tribunal solicitó que la cancha de fútbol sea destinado para la Sede del Poder Judicial (lugar donde actualmente está asentado), y en frente, en la ex pista de aterrizaje, la Sede de la Facultad de Derecho, ambos edificios dándose la cara mutuamente, separados por la Ruta Internacional Nº 1. Destaco la visión trascendental que tuvo el entonces Presidente del Tribunal Dr. Trovato, que felizmente en la actualidad está realizada íntegramente. Es como salir de un edificio como egresado Abogado, atravesar la ruta, que es sinónimo de progreso, y entrar al Poder Judicial, único Poder del Estado, que está íntegramente gobernado por una sola profesión en todo el mundo, cual es la de la Abogacía.

Todo estaba perfectamente proyectado, pero nada sería realidad hasta tanto la Municipalidad de San Juan Bautista apruebe la solicitud, hasta que felizmente y ante la sorpresa del Director de la Filial de Derecho, el entonces Intendente, Dr. Nicodemus Rodríguez, acepto la propuesta hecha por el Dr. Trovato, pero además resolvió declarar el terreno como Villa Universitaria, para que asimismo, otras unidades académicas funcionen dentro del mismo, sin perjuicio del lugar, frente a la Ruta Internacional que pertenecía a la Facultad de Derecho.

El terreno ya estaba a disposición de los laboriosos de la educación, que rápidamente se movilizaron para empezar con la construcción de la nueva sede de la Filial, que por ese entonces no tenía ni la más mínima posibilidad de construcción por parte del Estado. Se realizó un maratón radial, recaudándose una considerable suma de dinero, como asimismo, materiales de construcción y otros. Se recibió asimismo, ayuda de la Gobernación, y para ese

entonces, el plano de la Filial, ya fue elaborado por los arquitectos del Rectorado de la Universidad Nacional. La Comunidad realizó más de la mitad de la obra, y ya cuando los recursos económicos para continuar la obra se acabaron, el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, el Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea, hombre visionario y dinámico, se encargó de finalizar el loable emprendimiento de la comunidad misionera.

El costo estimado para la terminación total de la obra fue de aproximadamente 600 millones de guaraníes, realizándose en tiempo record gracias a la buena predisposición de los funcionarios de la Facultad de Derecho de la Sede Central en Asunción.

Finalmente, en fecha 14 de mayo se dio por inaugurada la primera CASA PROPIA, correspondiente a la de San Juan Bautista. Es un hecho bastante meritorio, puesto que la Filial mencionada fue la última que fue creada, existiendo ya anteriormente la de Coronel Oviedo y la de Pedro Juan Caballero. Esta Filial es una muestra de que todo se puede lograr con la unión de hombre y mujeres dispuestos a construir y no a destruir. Personas que trabajan ante un ideal, y no trabajan en criticar y desmeritar el ideal de los otros. "**Apostar a la capacitación de la juventud, es aportar al mañana mejorado de nuestra patria**".

Felicidades Sr. Director, Cuerpo Administrativo, Profesores, y Alumnos por ser el orgullo educativo del Departamento Misionero.



Calendario Académico,
Resoluciones del Consejo Directivo
y de la Asamblea Universitaria

Decreto Nº 19.275 del
Poder Ejecutivo de la República
que reglamentará el reconocimiento,
homologación o convalidación de los títulos
obtenidos en otros países

CALENDARIO ACADEMICO
AÑO LECTIVO 2004

Febrero	**Extensivo al mes**	
2		Inicio de actividades académicas y administrativas. Apertura de inscripción para los exámenes Complementarios. Inicio de exámenes complementarios
9	07 de abril	sin suspensión de clases.
26 y 27		Jornadas de pre-clase (Capacitación Docente)

Marzo	**Extensivo al mes**	
2		Inicio de Clases – Informe de requisitos para habilitación, referente a programas de estudios, presentación de trabajos prácticos y plazos para la presentación de los mismos (para todos los alumnos): “excepto aquellos alumnos que estén legalmente habilitados para hacerlo y decidan por voluntad propia, hacerlo en una fecha diferente a la establecida por el Reglamento, dentro de los siguientes dos años, que corresponden a la validez de la firma del profesor. Para el período de regularización, se tendrá en cuenta a lo sumo la asistencia o el pago de la exoneración de asistencia a clases”.
8 hasta el 12		Reunión con Profesores por área del Plan de la Carrera de Derecho y Carrera de Notariado.

10 hasta el 12	Reunión del Equipo Técnico con el Director Académico.
17 hasta el 26	Reunión de Director Académico y Equipo Técnico con Profesores.
25 y 26	Examen de Ingreso
29 hasta el 31	Entrega de Planificación y criterios de evaluación de las cátedras a tener en cuenta para la habilitación de los exámenes finales a la Dirección Académica.
29 hasta el 31	Elaboración de Nuevas Estrategias para el mejoramiento del P. E. I.

Abril	**Extensivo al mes**	
1	03 de agosto	Inicio del período de matriculación.
5 y 6		Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente, Administrativo, Equipo Técnico al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
7		Finalización de exámenes complementarios.
8 y 9		SEMANA SANTA
12 y 13		Reunión del Equipo Técnico con el Director Académico.
19 hasta el 23		Aplicación de Pruebas Sicológicas y Encuestas Socio – Económicas a los alumnos del Primer Curso. (Equipo Técnico).
21		Cierre de período de recepción de pedidos de exoneración de asistencia a clases.

26 hasta el 30	Recepción de las propuestas de horarios de exámenes por parte de los delegados de cursos, conforme a Plan de Correlatividad.
29	Festejo Día del Maestro – Acto Cultural (a cargo del Centro de Estudiantes).
30	Lanzamiento de Proyectos por áreas.

Mayo	**Extensivo al mes**
3 hasta el 5	Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente, Administrativo, Equipo Técnico al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
6 y 7	Presentación de Horarios de exámenes e Integración de las Mesas Examinadoras (por materias afines) de la Sede Central, Filiales y Secciones al Decano para su aprobación.
10 y 11	Entrega de informes del primer avance de los proyectos de áreas a la Dirección Académica y su posterior presentación al Decano para su conocimiento.
14	Festejo por el Día de la Independencia Patria (a cargo de la Dirección Académica).
17	Entrega de Planillas de Evaluación socio-afectiva a la Sección Evaluación.
24 hasta el 28	Evaluación del avance del Proyecto Educativo Institucional (PEI)
31	Reunión del Claustro de Profesores para la Evaluación Institucional, revisión de práctica Docente, rendimiento de los alumnos y la Auto Evaluación y Evaluación del desempeño Docente.

Junio	**Extensivo al mes**	
1	30 de julio	Inicio del período de inscripción para los exámenes de Regularización y la administración de los mismos, en el horario de 07:30 a 14:00 hs., sin suspensión de clases.
2 y 4		Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente, Administrativo, Equipo Técnico al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
7		Inicio de exámenes de Regularización, sin suspensión de clases.
9		Reunión del Equipo Técnico con el Director Académico.
11		Festejo por el Día de la Paz del Chaco en Homenaje a los Ex Combatientes de la Guerra del Chaco. (A cargo de la Dirección Administrativa).
18		Entrega de dos copias del Proyecto Educativo Institucional (PEI), al Decano y Consejo Directivo.

Julio	**Extensivo al mes**	
1 hasta el 30		Continuación de la administración de los exámenes de Regularización en el horario de 07:30 a 14:00 horas, sin suspensión de clases.
7 y 8		Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente, Administrativo, Equipo Técnico al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
9 y 10		Actualización docente para las carreras de Derecho y Notariado.
12 hasta el 16		FERIA UNIVERSITARIA

21 hasta el 30	Orientación vocacional para alumnos del Primer Curso.
28 y 29	Reunión con la comunidad educativa para la evaluación del Proyecto Educativo Institucional.
30	Finalización de exámenes de Regularización. Verificación de planillas de exámenes correspondientes al año lectivo 2003 y su respectiva evaluación.

Agosto **Extensivo al mes**

2 y 3	Cierre del período de matriculación.
4 y 5	Verificación de las pruebas y entregas de Planillas a la Sección Evaluación, Sección, Fichas y Sección Informática.
4 y 6	Publicación del Horario de Exámenes Período Ordinario.
5 y 6	Reunión de Equipo Técnico con Director Académico.
9 y 10	Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente, Administrativo, Equipo Técnico al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
9 hasta el 20	Período de matriculación extraordinaria.
14	Acto cultural – Fundación de la Ciudad de Asunción (a cargo del Equipo Técnico).
16 03 de septiembre	Firma de libretas de habilitación para exámenes del Cuarto, Quinto y Sexto Cursos (validez dos años lectivos).
16 hasta el 20	Encuesta a profesores que administrarán los exámenes en las Filiales y la integración de las mesas examinadoras por materias afines.

20 hasta el 25		Entrega de Planilla de Evaluación socio – afectiva administrado por el Equipo Técnico a la Sección Evaluación.
31		Reunión del Claustro de Profesores con el Director Académico.

Setiembre Extensivo al mes

1 hasta el 10		Clase de Recuperación – Retroalimentación.
1 hasta el 13		Firma de libretas de habilitación para exámenes del Primer, Segundo y Tercer Cursos (validez dos años lectivos).
2		Reunión del Equipo Técnico con el Director Académico.
3		Fecha tope de entrega de listas de alumnos habilitados de las diversas cátedras a la Dirección Académica, de no arrimarse en la fecha estipulada, los mismos quedarán habilitados automáticamente, salvo aquellas asignaturas que requieran el 75% de asistencia a clases.
6		Entrega del informe del Segundo avance de los Proyectos de Area a Dirección Académica.
7		Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente, Administrativo, Equipo Técnico al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
13	20 de Diciembre	Inicio de exámenes ordinarios, cada quince días, para los alumnos del Cuarto, Quinto y Sexto Cursos. Los exámenes ordinarios, complementarios y de regularización que coincidieran con los días de clases, se administrarán por la mañana en los horarios de 07:30 hasta las 14:00 horas, a fin de evitarse suspensión de clases, inc. b) el plazo máximo de duración de los exámenes de las distintas Areas no deberán sobrepasar las 72 horas.

15 hasta el 20		Orientación Vocaciones por Areas a alumnos del Quinto y Sexto Curso. Recordación día de la juventud.

Octubre Extensivo al mes

1		Finalización de clases para las Carreras de Derecho y Notariado.
1		Fecha tope de entrega de listas de alumnos habilitados de las diversas cátedras a la Dirección Académica, de no arrimarse en la fecha estipulada, los mismos quedarán habilitados automáticamente, salvo aquellas asignaturas que requieran el 75% de asistencia a clases.
4	20 de diciembre	Inicio de exámenes Ordinarios cada quince días, para alumnos del Primer, Segundo y Tercer Cursos.
5		Reunión de Equipo Técnico con Director Académico.
6		Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente, Administrativo, Equipo Técnico al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
15		Evaluación del avance del Proyecto Educativo Institucional por parte de la Comunidad Educativa.

Noviembre Extensivo al mes

1	20 de diciembre	Prosecusión de exámenes ordinarios en las carreras de Derecho y Notariado.
16 hasta el 23		Control de Libros de Cátedras con los bebeles a fin de preparar informe a ser elevado al Decano y al Consejo Directivo de las clases impartidas por los profesores de las diversas categorías.

Diciembre	**Extensivo al mes**
1 hasta el 20	Prosecusión de los exámenes ordinarios cada quince días para los alumnos de los diversos cursos de Carreras de Derecho y Notariado.
22 hasta el 24	Informe final al Decano en porcentaje de clases administrados por profesores de las diversas categorías.
27 hasta el 30	* Elevar el informe final al Decano y al Honorable Consejo Directivo de las Tasas de Promoción; Deserción; Repitentes; Eficiencia; Costo Producto (analfabeto funcional). * Elevar el informe final al Decano sobre rendimiento académico en porcentajes de la matrícula de la institución; con las diversas calificaciones obtenidas.

CALENDARIO ACADEMICO 2005

Febrero	**Extensivo al mes**
1	Inicio de actividades académicas y administrativas. Apertura de inscripción para los exámenes Complementarios.
8 al 11 de abril	Inicio de exámenes complementarios sin suspensión de clases.

Junio	**Extensivo al mes**
4 al 1 de agosto	Inicio del período de inscripción para los exámenes de Regularización y la administración de los mismos, en el horario de 07:30 a 14:00 horas, sin suspensión de clases.

REGLAMENTO PARA OPTAR AL TITULO DE DOCTOR EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION

CAPITULO I

DE LA NATURALEZA DEL DOCTORADO

Art. 1º.- El título de doctor es el grado máximo expedido por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Art. 2º.- El desarrollo de una investigación científica, su presentación escrita, exposición y la defensa con aprobación del examen oral de la tesis, confieren derecho a la obtención del título de doctor, expedido por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en "Ciencias Jurídicas" equivalente a Doctor en Derecho, en "Notariado", "Ciencias Sociales" o "Ciencias Políticas", según la disciplina elegida.

CAPITULO II

DE LAS CONDICIONES GENERALES PARA EL DOCTORADO

Art. 3º.- Podrán iniciar los trámites, procedimientos o investigación para obtener el doctorado en las materias y especialidades que se dictan en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción:

A) los egresados con título de Abogado, u otro título profesional otorgado por la Facultad, con un promedio general no inferior a la calificación 3 (tres) en la escala del 1 al 5, luego de tres años de haber transcurrido la obtención del correspondiente título de grado.

B) los egresados con título de grado de otras facultades nacionales reconocidas y de extranjeras, que se ajustan a las normas y reglamentos de la Universidad y de la Facultad, graduados de carreras de duración no menor de cuatro años. Que reúnan en sus programas de estudios equivalencias a los programas desarrollados en la Facultad y méritos suficientes, evaluados por el Consejo Directivo de la Facultad.

Art. 4º. Para acceder al título de doctor, el postulante deberá cumplir con los siguientes requisitos generales:

A) Matricularse en el Curso de Doctorado que se impartirá en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, organizado por la Dirección de Cursos de Postgrado.

B) Participar del curso y aprobar las materias del mismo.

El procedimiento para la inscripción será:

— Llenar el formulario de inscripción para el Curso de Doctorado.

— Llenar el formulario de Currículum Vitae, con una fotografía de 3 x 4 reciente.

— Llenar las hojas de información sobre el solicitante del proyecto de estudios.

— Adjuntar certificados de estudios.

— Pagar la tasa y los aranceles de inscripción en el lugar y forma indicados.

C) Cumplidos los requisitos citados y aprobada la presentación, haber defendido y obtenido la aprobación de la tesis doctoral.

Art. 5º. De la Organización y Contenido del Curso de Doctorado.

A) La participación en el Curso de Doctorado será obligatoria para todos los egresados que reúnan las condiciones generales exigidas en los artículos 3º y 4º y que aspiren obtener el título de Doctor otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

B) ORGANIZACION. La organización del Curso de Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción estará a cargo de la Dirección General de Cursos de Postgrado de la Facultad. El Curso de Doctorado estará constituido por: Una Dirección, Una Jefatura de Estudios, Una Secretaría, Equipo Docente. El Consejo Directivo de la Facultad designará a propuesta del Director General de Cursos de Postgrado al Director, cuyos deberes y atribuciones y los de los demás integrantes, serán establecidos por la Dirección General de Cursos de Postgrado.

C) El Contenido del Curso de Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA comprenderá lo siguiente:

MATERIAS

1) Metodología de la Investigación aplicada a la elaboración de Tesis Doctorales.

2) Historia del Derecho.

Cada una de estas materias tendrá una carga horaria de 2 (dos) horas semanales y requerirá una asistencia al 70% (setenta por ciento) de las clases. A ello se sumarán las horas lectivas correspondientes a las actividades complementarias.

La duración del Curso de Doctorado será de ocho meses lectivos.

Las plazas serán limitadas y no podrán ser mayor de 60 (sesenta) postulantes según el orden de inscripción.

ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS:

SEMINARIOS – CONFERENCIAS

Como complemento del Curso de Doctorado se dictarán Seminarios Talleres de actualización jurídica, en Derecho Constitucional, en Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Civil y Procesal Civil, Derecho Laboral, de la Niñez y de la Adolescencia, Aeronáutico, Marítimo, MERCOSUR, etc.

Será obligatoria la asistencia a los Seminarios cuyo contenido tenga afinidad con el tema de la tesis.

Igualmente se dictarán Conferencias. Se realizarán sesiones de consulta y dirección a cargo de tutores.

Será obligatoria la asistencia a todas las conferencias y tutorías previstas.

METODOLOGIA DEL CURSO DE DOTORADO. Clases teóricas y prácticas:

La Metodología de la Investigación Científica a implementar será de tipo descriptivo, causal, con análisis de casos y modelos comparativos de aplicación.

Evaluación:

Habrá dos períodos de evaluación final, una evaluación ordinaria y otra complementaria. No se admitirán exámenes extraordinarios. Asimismo, los profesores de los cursos de actualización (seminarios, conferencias, tutorías) deberán certificar por escrito la aptitud de los asistentes a dichas actividades, teniendo estos certificados el carácter de obligatorios para poder egresar satisfactoriamente del Curso de Doctorado.

La reprobación de la materia en las dos oportunidades, o la ausencia del postulante, o su no inscripción, importará la obligación del doctorando de repetir el curso en la materia respectiva, salvo que tal circunstancia sea conceptuada por la autoridad académica competente como causal de cancelación de la matrícula del postulante.

Habilitación para la evaluación final: La misma es facultad exclusiva del Profesor.

Tribunal Examinador: Se integrará por el Profesor de la materia y por un profesor designado por el Consejo Directivo a propuesta de la Dirección General de Cursos de Postgrado y la Dirección del Curso de Doctorado.

Sistema de Evaluación: 60 puntos para la evaluación final y 40 puntos para trabajos prácticos, o evaluaciones parciales.

La medición de la evaluación y la calificación asignada por el profesor se hará de acuerdo con la escala, el sistema y la equivalencia que se transcribe seguidamente:

1 a 59 = 1 (UNO) Reprobado
60 a 69 = 2 (DOS) Satisfactorio
70 a 79 = 3 (TRES) Bueno
80 a 90 = 4 (CUATRO) Muy Bueno
91 a 100 = 5 (CINCO) Excelente

Clausura: La clausura del curso de Doctorado se hará en un acto público, con entrega de certificados a los postulantes que lo hayan aprobado, entregándose asimismo menciones honoríficas a los doctorandos destacados, al igual que certificados a los Profesores.

FINALIZACION DEL CURSO E INSCRIPCION DEL TEMA DE TESIS:

Aprobado el curso, los postulantes podrán inscribir definitivamente el tema de Tesis que provisionalmente pudo haberse elegido, una vez transcurrido al menos un mes del comienzo del curso. Este tema podrá ser aprobado o rechazado, definitivamente, por el Director de los Cursos de Postgrado, previo dictamen del tutor designado al efecto.

TUTORIAS:

La Dirección General de Cursos de Postgrado y la Dirección del Curso de Doctorado habilitarán días y horas en las cuales los tutores del Contenido y Metodología atenderán el seguimiento de la investigación aprobada al Doctorando. Dichas sesiones de consulta y dirección se anotarán en el expediente del postulante y serán consideradas horas lectivas.

TEMAS:

La Dirección General de Cursos de Postgrado y la Dirección del Curso de Doctorado comunicará periódicamente al Consejo Directivo los temas de tesis para su aprobación.

DOCENTES:

El Consejo Directivo designará a los profesores del Curso, a propuesta de la Dirección General de Cursos de Postgrado.

Categorías: Por cada materia se designará un profesor titular y un profesor ayudante, si se estimase necesario.

Igualmente, el Consejo Directivo designará a los profesores que dictarán los seminarios, las Conferencias, las Tutorías respectivas.

Remuneración: Los docentes tendrán las remuneraciones establecidas por el Consejo Directivo de la Facultad, a petición de la Dirección General de Cursos de Postgrado.

Igualmente percibirán remuneraciones los profesores que dicten los Seminarios, las Conferencias y las Tutorías.

COSTO:

El Consejo Directivo de la Facultad determinará anualmente el costo de la matrícula, de los cursos, seminarios, conferencias, tutorías y otras actividades relacionadas con el Curso de Doctorado a propuesta de la Dirección de los Cursos de Postgrado.

BOLETIN DE PRENSA:

En base al plan de estudios, se publicará oportunamente un boletín de prensa que contendrá los datos esenciales con referencia al Curso de Doctorado.

CAPITULO III

DEL PROCEDIMIENTO

Art. 6º.- El postulante interesado en la presentación de la tesis solicitará la inscripción del tema entre el 2 de mayo y el 20 de agosto de cada año académico, a fin de dar inicio a los trámites y procedimientos, para lo cual deberá:

A) Presentar una nota dirigida al Consejo Directivo a través del Decano adjuntando toda la documentación requerida.

Será Indispensable:

— Título debidamente inscripto o legalizado. En el caso de extranjero, previamente deberá realizar la revalida del título de acuerdo a la legalización vigente en la materia, adjuntando además el certificado de estudio original de la facultad de origen, debidamente legalizado y expedida en el año de la presentación.

— Recibo de pago del arancel correspondiente.

B) Una síntesis y justificación del objeto de la investigación, así como una bibliografía básica nacional e internacional utilizada.

C) Las razones que lo impulsan a trabajar sobre el tema escogido, su relación con el estado de la ciencia sobre el punto y su vinculación o utilidad con la realidad nacional o internacional, en su caso;

D) Una descripción metodológica preliminar del plan de tesis.

E) Manifestar, conocer y aceptar el presente reglamento y los demás requisitos para optar al título de Doctor y la constitución de domicilio en la ciudad de Asunción para las notificaciones.

Art. 7º. La inscripción del tema elegido por el postulante será provisional, y quedará sin efecto con la reprobación del curso de Doctorado.

Art. 8º. A la vista de los antecedentes e informes elevados por la Dirección General de Cursos de postgrado, el Consejo aprobará o denegará la aprobación del plan propuesto; si fuera aprobado, se inscribirá el tema y el plan en el libro respectivo. La inscripción del tema de tesis en registro correspondiente concede al postulante la prioridad sobre otros temas similares y preserva su derecho sobre dicho tema por el plazo de dos años.

Art. 9º. Transcurridos ocho meses desde la aprobación del plan de tesis, previo informe de la Dirección General de Cursos de Postgrado y del Tutor respectivo se conformará el tribunal examinador e informará al Consejo Directivo.

El tribunal estará compuesto por no menos de cinco profesores de la Facultad de Materias afines al trabajo de tesis. Si el Consejo Directivo lo considere apropiado, se podrá recabar el concurso de docentes de otras Facultades nacionales y extranjeras.

Art. 10. Integrado el tribunal, será notificado el interesado para que en el plazo de cinco días formule las observaciones fundadas que estimare pertinentes. Sólo será admisible la recusación por causa fundada y manifiesta, que efectuada por escrito en el que se ofrecerán y acompañarán las pruebas correspondientes, se aplicará en lo que en el presente reglamento no estuviere

expresamente dispuesto, el Código Procesal Civil en materia de recusación de magistrados.

Art. 11. El Tribunal Examinador será presidido por el Decano de la Facultad, quien podrá delegar este cometido en el Vice Decano de la Facultad, en el Profesor Titular de la Materia o, a falta de este, del Titular de la Materia a fin al tema de tesis. El Director General de Curso de postgrado, salvo imposibilidad, deberá formar parte de dicho Tribunal.

Art. 12. Al Tribunal Examinador le serán entregados los ejemplares del trabajo y a partir de sesenta días de recibidos los mismos, se señalará una fecha para que reunidos todos sus integrantes procedan a un examen previo. Si de este examen, del que no participará el interesado, surgiere la necesidad de realizar correcciones, modificaciones o simplemente el trabajo no reuniere cualidades mínimas para ser sometido a examen público, así le será indicado al interesado a fin de que proceda a las correcciones, modificaciones o ampliaciones sugeridas.

Art. 13. Si el Tribunal Examinador, antes de la defensa oral y pública, considere que median deficiencias insuperables en el trabajo de tesis, se labrará acta y será notificado al interesado, quien podrá reiniciar el procedimiento si lo creyere conveniente como si se tratare de la presentación de una nueva tesis.

Art. 14. El Tribunal está facultado para rechazar “in límine” el trabajo de tesis que no reúna las condiciones reglamentarias.

Art. 15. La decisión del Tribunal, por la cual es rechazado por cuestiones reglamentarias el trabajo, es recurrible ante el Consejo Directivo de la Facultad dentro del plazo de cinco días hábiles de la notificación. En el plazo de diez días hábiles, el Consejo Directivo de la Facultad, previo informe del Tribunal Examinador, se pronunciará sobre el incidente y su decisión será irrecurrible.

Art. 16. Si el Tribunal considera que el trabajo reúne las condiciones reglamentarias, se señalará fecha en la que tendrá lugar el examen de la defensa pública de la tesis.

Art. 17. El trabajo de tesis doctoral tendrá las siguientes especificaciones:

A) Debe ser original y redactado en idioma castellano.

B) Será presentado en siete ejemplares. En cada uno de ellos, que será encuadernado en tapa de cartón forrado en cuero o cuerina rojo llevará impresas estas inscripciones:

— Universidad Nacional de Asunción
— Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
— Título del trabajo
— Tesis Nº
— Nombre del Autor
— Lugar y Fecha.

C) Los ejemplares serán impresos o escritos a máquina u ordenador, en octava mayor, en papel tamaño oficio, con margen superior de 6 cm.; izquierdo de 4 cm.; derecho 2,5 cm. e inferior también de 2,5 cm.. En una extensión mínima de ciento ochenta páginas, fuera de índices y otras menciones formales, escritas en el formato indicado a dos espacios de interlineación.

D) A la vuelta de la carátula interna y con la firma del interesado se consignará lo siguiente: “La responsabilidad por la relación de los hechos y por las ideas expuestas en esta tesis corresponde al autor”. La aprobación de la tesis no significa que la Universidad Nacional, ni los miembros del Tribunal Examinador, compartan las opiniones del autor vertidas en al misma. El índice del trabajo figurará, a continuación, en la página siguiente.

E) Las citas con transcripción del texto deberán ir entre comillas. Las mismas no podrán abarcar en su conjunto más del 15% de la extensión del trabajo. La extensión de las citas podrá ser mayor y no será objeto del cómputo precedente, toda vez que sea realizada mediante llamadas con numeración al pie de página y a un espacio. En general cualquier cita de alguna publicación se realizará mediante las siguientes exigencias:

— Indicación del autor, título de la obra (en cursiva)
— Ciudad o país de origen, edición..., la que corresponda, año de la publicación y página de donde fue extraída
— Si se trata de revistas, las mismas indicaciones señaladas en el numeral 1) con indicación, además del autor y título del artículo de la revista que es utilizada.

F) Al final del trabajo se indicarán:

— La bibliografía utilizada observando las mismas formalidades que para las citas;

— El anexo en donde se incluirá:

— Indice de gráficos, cuadros o ilustraciones, si corresponde, y

— Cualquier otro material que se estime necesario y que no figure en el cuerpo del trabajo de Tesis.

Art. 18. La estructura del trabajo obedecerá a las siguientes pautas:

— En una primera parte se determinarán los propósitos de investigación, las hipótesis científicas de que se vale el investigador y cuanto considere necesario para el esclarecimiento del tema propuesto;

— A continuación es obligatoria la reseña de toda la doctrina, teorías o conocimientos que existan sobre el tema propuesto en el orden nacional e internacional, de manera a conformar el marco de referencia teórico en el que se inserta el trabajo.

— Una tercera etapa consiste en la verificación de las hipótesis, trabajos de campos, investigación de jurisprudencia, señalándose progresivamente los resultados que se obtengan, en función a la metodología científica empelada; y

— Finalmente las conclusiones o tesis a las que se arriba, en forma tal que a ellas pueda accederse como consecuencia de inferencias lógicas, de manera asertiva y resumida en algunos puntos o cuestiones claramente diferenciados.

Los Capítulos en que se divida esta estructura figurarán numerados en cifras romanas y con títulos específicos.

CAPITULO IV

DE LA DEFENSA ORAL DE LA TESIS DOCTORAL

Art. 19. En el acto de defensa de la tesis, el postulante realizará una exposición oral de contenido magistral que no será inferior a sesenta minutos. El expositor no podrá valerse de borrador, apuntes o anotaciones. No se permitirá lectura de libros, monografías u otras publicaciones. Al término de la exposición, los miembros del Tribunal deberán formular al postulante todas las preguntas u observaciones que juzgaren oportunas y que se relacionen con el tema. El postulante responderá con argumentos científicos, lógicos y razonables.

Art. 20. El autor demostrará durante la defensa de tesis su versación y su capacidad de investigación científica y técnica, así como aptitud para dar opinión propia sobre los puntos abordados en la problemática que plantea su tesis.

Art. 21. La calificación será establecida por mayoría simple y la escala de la calificación para la tesis doctoral será la siguiente:

— Reprobado
— Aprobado
— Bueno
— Distinguido
— Cum Laude.

El tribunal examinador podrá otorgar, por unanimidad de sus miembros, la calificación **SUMMA CUM LAUDE.**

Art. 22. El examinado que fuere reprobado en la defensa de la tesis doctoral, en la prueba oral, podrá presentarse nuevamente sólo después de haber transcurrido un año de la fecha de su reprobación o rechazo.

Art. 23. Las calificaciones del examen de tesis serán definitivas e irrevocables, salvo caso de error material, debidamente comprobado ante el Consejo Directivo. Las actuaciones del Tribunal se documentarán en acta.

Art. 24. Queda derogado el reglamento para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas o Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción aprobado por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA, en sesión de fecha 2 de junio de 1993, Acta Nº 12/93 y sus modificaciones, así como cualquier otra disposición contraria al presente reglamento.

Aprobado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 27 de agosto de 2002, Acta Nº 14/20002.

ASAMBLEA UNIVERSITARIA
RESOLUCION DE FECHA 17 DE SETIEMBRE DE 2003

POR LA CUAL SE MODIFICAN VARIOS ARTICULOS DEL ESTATUTO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION

Art. 1º.- Modifícase el Artículo 54 del Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, el cual queda redactado como sigue:

Art. 54.- Las categorías escalafonadas son:
a) Profesor Titular
b) Profesor Adjunto
c) Profesor Asistente.

Los profesores de estas categorías en ningún caso, podrán permanecer en la Universidad como tales, por más de cuarenta años.

Art. 2º.- Modifícase el Artículo 55 del Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, el cual queda redactado como sigue:

Art. 55.- Para acceder al cargo de Profesor Titular se requiere nacionalidad paraguaya, poseer título máximo en la carrera de la Facultad o Unidad Académica donde hubiese hecho sus estudios, haber ejercicio en carácter de Profesor Adjunto por lo menos durante cinco años en la asignatura o departamento de cuyo concurso se trata, tener capacidad para la investigación, demostrada principalmente por libros, monografías, artículos y trabajos científicos, ser electo en concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes y cumplir con los demás requisitos establecidos en al reglamentación respectiva.

La categoría de Profesor Titular se confiere por diez años de ejercicio. Cumplido este plazo, el Profesor podrá solicitar su confirmación por otro período igual**,** el que podrá ser concedido previo nuevo concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes.

El Profesor Titular ejercerá la dirección y la orientación del trabajo del equipo docente de la disciplina, de acuerdo con al programación académica.

La Jefatura de Cátedra, cuando exista más de un profesor Titular en la misma, será ejercida por el que obtenga el mayor puntaje en el concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes convocado para el efecto. En caso de imposibilidad, será ejercida por el Profesor que le sigue en puntaje.

Art. 3º.- Modifícase el Artículo 56 del Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, el cual queda redactado como sigue:

Art. 56.- Para acceder al cargo de Profesor Adjunto se requiere nacionalidad paraguaya, poseer título máximo en la carrera de la Facultad o Unidad Académica donde hubiese hecho sus estudios, haber ejercido en carácter de Profesor Asistente por lo menos durante cinco años en la asignatura o departamento de cuyo concurso se trata, tener capacidad para la investigación demostrada por trabajos científicos, ser electo en concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes y cumplir con los demás requisitos establecidos en la reglamentación respectiva.

La categoría de Profesor Adjunto se confiere por cinco años de ejercicio. Cumplido este plazo, el Profesor podrá solicitar su confirmación solamente por un período igual, el que podrá ser concedido previo nuevo concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes o concursar para acceder a la siguiente categoría.

El Profesor Adjunto deberá colaborar con el Profesor Titular en el equipo docente, de acuerdo con las necesidades de la enseñanza y con la reglamentación respectiva. En ausencia del Profesor Titular y cuando exista más de un Profesor Adjunto, asumirá la Jefatura de Cátedra, el que obtenga el mayor puntaje en el concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes convocado para el efecto.

Art. 4º.- Modifícase el Artículo 57 del Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, el cual queda redactado como sigue:

Art. 57.- Para acceder al cargo de Profesor Asistente el postulante deberá ser electo en concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes. El postulante deberá dictar una clase magistral.

Para concursar a la categoría de Profesor Asistente se requiere nacionalidad paraguaya, poseer título de grado universitario nacional o extranjero

inscripto en la Universidad Nacional de Asunción y cumplir con los demás requisitos exigidos en la reglamentación respectiva.

La categoría de Profesor Asistente se confiere por cinco años de ejercicio. Cumplido este plazo el Profesor deberá solicitar su ascenso de categoría o su confirmación, solamente por un período igual, el que podrá ser concedido previo nuevo concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes.

En ausencia del Profesor Titular y del Adjunto y cuando exista más de un Profesor Asistente, asumirá la Jefatura de Cátedra, el que obtenga el mayor puntaje en el concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes convocado para el efecto.

Art. 5º.- Modifícase el Artículo 59 del Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, el cual queda redactado como sigue:

Art. 59.- Los Profesores Titulares, Adjuntos o Asistentes no podrán obtener permiso por un tiempo mayor de dos años consecutivos. Podrán solicitarlo por un tiempo mayor, por razones de estudio, enfermedad o por designaciones para ocupar cargos públicos o de misión oficial.

Art. 6º.- Modifícase el Artículo 63 del Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, el cual queda redactado como sigue:

Art. 63.- Encargado de Cátedra es el que la ejerce en ausencia de Profesores Escalafonados, hasta tanto sea subsanada esta circunstancia. Para acceder a la categoría se requiere: nacionalidad paraguaya, poseer título de grado universitario nacional o extranjero inscripto en la Universidad Nacional de Asunción y comprobada versación en la materia de cuya enseñanza se trata.

El Encargado de Cátedra podrá serlo de una sola y cesará automáticamente al terminar el período académico para el cual fue nombrado.

Cuando sus funciones deban prolongarse por otro período académico, tendrá que ser confirmado por el mismo procedimiento que para su designación prevé este Estatuto.

Sancionada y puesta en vigencia por la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional de Asunción, en la Ciudad de San Lorenzo, a los diecisiete días del mes de setiembre del año dos mil tres, en el Aula Magna de la Facultad Politécnica de la Universidad Nacional de Asunción.

PROYECTO PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD EDUCATIVA DE LA UNA

RESOLUCION Nº 7981–00–2000

ACTA Nº 894 (A.S. Nº 894 / 16 / 03 / 2000)

VISTO Y CONSIDERANDO: El orden del día:

El informe del Señor Rector de la necesidad de dictar una Resolución que establezca la obligatoriedad de la autoevaluación en todas las Facultades, que será coordinada por la Dirección General Académica Rectorado UNA.

Que el proceso de verificación de la capacidad de cada organismo componente de la U.N.A. para desarrollar sus programas bajo normas y modalidades que identifiquen con amplitud todos los aspectos inherentes a la Evaluación interna de cada unidad.

Que los expertos nacionales y los acuerdos manifestados en reuniones regionales del MERCOSUR Educativo.

Que la autoevaluación de cada organismo integrado a la UNA, permitirá alcanzar una apreciación de los términos de referencia para una Evaluación más amplia de Carreras y Profesionales.

Que la suma de autoevaluaciones de los organismos detectará con relativa certeza los aciertos, falencias para elevar el nivel de la claridad educativa en la universidad;

El parecer favorable, por unanimidad, de los miembros presentes;

La Ley Nº 136/93 y el Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción;

EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO, EN USO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES,

RESUELVE:

7981–01–2000: Establecer la obligatoriedad de la realización de un proceso de autoevaluación en las carreras de las Facultades que integran la Universidad Nacional de Asunción. La misma abarcará como mínimo los siguientes:

– Infraestructura física, dimensiones, características, año de vida útil, instalaciones y confort.
– Instrumentos destinados a ejecutar los procesos de enseñanza, capacitación y práctica, en detalle;
– Recursos humanos técnicos, administrativos y de apoyo pedagógico.
– Contenido, bibliografía, carga horaria por materias.
– Número de estudiantes postulantes al ingreso, aprobados y número de matriculados por cursos y carreras.
– Número de profesores por concurso, contratados y alternos por cátedras.
– Tiempo destinado a cada carrera y grado correspondiente.
– Presupuesto General de Gastos y Recursos.
– Conclusiones.

7981–02–2000 – Cada Facultad constituirá un Equipo Técnico para elaborar la autoevaluación dispuesta por la presente Resolución.

7981–03–2000 – El período de tiempo para la presentación del documento que resulte como consecuencia del trabajo realizado queda establecido entre el 15 de marzo y el 30 de octubre del corriente año.

7981–04–2000 – Las facultades quedan autorizadas a recurrir al Rectorado de la UNA. para lograr un apoyo de asesoramiento con el fin de facilitar y uniformar criterios para la elaboración de la autoevaluación.

7981–05–2000 – Las documentaciones que avalen el trabajo realizado en cada Institución, permanecerán en las mismas y podrán ser solicitadas por el Rectorado en los casos que las necesidades de verificación así lo recomienden.

También durante la etapa de avances y seguimiento de la Evaluación.

7981–06–2000 – El resultado de la autoevaluación será entregado a la Dirección General Académica y la Cooperación de las dependencias competentes.

Comunicar – Archivar
Eladio Núñez – Darío Zárate

DECRETO 19.275

POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL ARTICULO 122 DE LA LEY Nº 1264 "GENERAL DE EDUCACIÓN".

Asunción, 5 de noviembre de 2002.

VISTO: La necesidad de reglamentar el Artículo 122 de la Ley Nº 1264 "General de Educación"; y,

CONSIDERANDO: Que el Artículo 122 de la mencionada Ley preceptúa que: "El Ministerio de Educación y Cultura reglamentará el reconocimiento, homologación o convalidación de los títulos obtenidos en otros países";

Que la autonomía y la libertad académica de la universidad, garantizadas en la Constitución Nacional, no se contraponen con la responsabilidad del Estado de establecer procedimientos administrativos y técnicos que preserven la pertinencia, calidad y eficiencia de la educación superior como bien público, independientemente que se haya cursado en otros países;

Que la Universidad Nacional de Asunción es la institución de educación superior más antigua con que cuenta el país, de una tradición intelectual y cultural enraizada con la historia misma de la nación;

Que al Ministerio de Educación y Cultura se le debe reconocer oficialmente, por sus altas finalidades, una participación fundamental en la homologación y convalidación de los títulos, máxime teniendo en cuenta su responsabilidad en el orden a la marcha integral de la educación en el país y al ejercicio de las diversas profesiones que deben ser respetuosas de elementales principios de legitimidad e idoneidad;

Que esa autonomía de la universidad no tendrá otras limitaciones que las expresamente establecidas en la Ley Nº 1264 "General de Educación";

Que se impone adoptar claras determinaciones para un procedimiento que si bien respete el principio de autonomía de las universidades, no lesione una insoslayable función del Estado de verificación en todo lo que concierne al desarrollo y resultados del quehacer universitario realizado en el marco de la libertad por la educación que consagra la Ley fundamental de la República;

POR TANTO, en ejercicio de sus facultades constitucionales,

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY,
DECRETA:

Art. 1º.– Establécese que las atribuciones y potestades en el procedimiento destinado a tramitar las solicitudes de reconocimiento, homologación o convalidación de títulos de grado o postgrado obtenidos en otros países, así como lo concerniente a la certificación y registro de los mismos, corresponden al Ministerio de Educación y Cultura con dictamen técnico de la Universidad Nacional de Asunción.

Art. 2º.– Dispónese que todo procedimiento tendiente al reconocimiento, homologación o convalidación de los títulos universitarios obtenidos en otros países deberá iniciarse única y exclusivamente en el Ministerio de Educación y Cultura (Dirección General de Educación Superior), institución que remitirá los expedientes respectivos de los solicitantes al Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, a los efectos de realizar los estudios pertinentes con el objetivo de producir el dictamen técnico correspondiente y remitir al Ministerio de Educación y Cultura.

Art. 3º.– Dispónese que, producido el dictamen del Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, el expediente retorne al Ministerio de Educación y Cultura para el reconocimiento, homologación o convalidación, certificación y registro en el caso de que corresponda.

Art. 4º.– Determínase que la convalidación de títulos no equivaldrá a la habilitación a extranjeros para el ejercicio de las distintas profesiones, la cual será otorgada por las autoridades pertinentes.

Artículo 5º.– Dispónese que, en ningún caso, otra universidad, privada o pública, podrá arrogarse atribuciones o competencias que esta reglamentación asigna, exclusivamente, a la Universidad Nacional de Asunción, en el contexto de lo dispuesto en las Leyes Nº 1264/98 y Nº 136/93.

Art. 6º.– El presente Decreto será refrendado por la señora Ministra de Educación y Cultura.

Art. 7º.– Comuníquese, publíquese y dése al Registro oficial.

Luis González Macchi, Presidente de la República.

Adriano Ramírez Fernández, Director de Decretos y Leyes.

Discurso pronunciado por el Señor Decano de la UNA, en ocasión de la Colación de la Promoción 2002 de Derecho y Notariado y Nómina de Egresados de Derecho Promoción 2002

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR DECANO DE LA UNA, EN OCASION DE LA COLACION DE LA PROMOCION 2002 DE DERECHO Y NOTARIADO

Asunción, 28 de octubre del 2002

Señor Rector de la Universidad Nacional de Asunción
Prof. Dr. Darío Zárate Arellano
Señor Vicerrector de la Universidad Nacional de Asunción
Prof. Dr. Raúl Battilana Nigra
Señores Miembros de la Corte Suprema de Justicia
Señores Miembros del Honorable Consejo Directivo
Autoridades Académicas
Apreciados egresados
Señoras y Señores

Uno de los acontecimientos académicos más importantes para la vida institucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, es sin lugar a dudas el acto de egreso y entrega de títulos a la promoción de Abogados y Notarios que han culminado satisfactoriamente sus estudios universitarios de grado para pasar a constituir la fuerza motriz que mueve a la sociedad toda hacia su destino de grandeza y prosperidad.

La promoción que hoy egresa lleva por nombre “Defensores del Chaco” como un tributo hacia quienes nos legaron una patria a resguardo de la mutilación y la deshonra, para cuyo efecto, más de 30.000 conciudadanos han dado su vida en los cañadones chaqueños y así reafirmar el anhelo eterno y constante del pueblo paraguayo de soberanía e independencia nacional.

Hoy, sin embargo, debemos potenciar los emprendimientos que nos unen antes que distanciarnos, pues intereses espurios de potencias dominantes en su afán de imponer colonialismos perimidos han desatado guerras in-

ternacionales entre países hermanos que tienen destino común que hoy se plasman en organismos como el MERCOSUR, que conjuntamente con Brasil, Argentina y Uruguay, como así también países asociados, Chile y Bolivia, representa uno de los mercados más grandes del mundo.

Es por ello, apreciados jóvenes, egresados de esta Institución, que hoy día debemos estar preparados pues la competitividad, calidad y excelencia serán los signos fundamentales del éxito en el presente milenio que acaba de iniciar.

De nuestra parte, este decanato y el Honorable Consejo Directivo de la Institución, realizamos todo el esfuerzo posible para que los títulos que hoy reciben los habiliten a ejercer la profesión en otros países del bloque regional.

Efectivamente, el año pasado hemos sido anfitriones del IV Encuentro de Decanos de la Asociación de Universidades del Grupo de Montevideo y este año estaremos, en el mes de noviembre, en la ciudad de Córdoba, República Argentina para el V Encuentro de Decanos, en donde se tratarán temas como la creación de una Escuela de Derecho del MERCOSUR a fin de capacitar a los profesionales de la región para el ejercicio de la abogacía en los demás países.

Desde que hemos asumido la responsabilidad de llevar adelante los destinos de la Institución, nos propusimos poner énfasis en mejorar los elementos que hacen a la excelencia académica, que son: Infraestructura adecuada, buenos docentes y alumnos preparados, así las obras de infraestructuras determinaron la conclusión de la segunda etapa incluyendo las aulas para la carrera de Notariado, el complejo polideportivo, el campo de fútbol suizo, y las graderías respectivas, la climatización de las aulas del tercer, cuarto, quinto y sexto cursos, empezando en este momento con las del primero y segundo cursos de Derecho y las de la carrera de Notariado, dando un marco adecuado para el desarrollo del proceso enseñanza – aprendizaje en una Universidad Pública, sin tener que envidiar a ninguno de nuestros pares del MERCOSUR.

Desde el presente año, a más de contar con las dos carreras tradicionales de Derecho y Notariado, hemos incorporado a la oferta académica para los jóvenes que desean instruirse en nuestras aulas, las carreras de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, que funcionan en el edificio histórico de la Facultad en Mariscal Estigarribia y Yegros, que es un espacio lógico e ideal

para el desarrollo de actividades académicas a nivel universitario con la tradición de poco más de un siglo en la formación en estudios superiores.

Nos sentimos orgullosos de contar con el plantel de profesores y docentes más importantes del país en la formación de profesionales del Derecho que nos sitúa a la vanguardia en la demanda de solicitud para acceder como alumnos de esta prestigiosa Institución.

En las Filiales de la Facultad en el interior del país también se van formando los noveles juristas, quienes estudian, se reciben y posteriormente trabajan en las circunscripciones judiciales de la zona, como es el caso de los egresados de la Filial San Juan Bautista de las Misiones, quienes hoy nos acompañan y recibirán sus títulos en este acto académico.

En cuanto a los alumnos, estamos absolutamente convencidos de que los jóvenes egresados de esta casa de estudios representan la mejor garantía de buen desenvolvimiento en las distintas actividades que la multifacética carrera de Derecho y Notariado les otorga, ya sea como profesional de la matrícula, como docente, magistrado, funcionario público o empresario en el sector privado pues la justicia en su máxima expresión cada año se ve fortalecida y se nutre de los jóvenes juristas que serán los elementos catalizadores para la construcción de la sociedad que aspiramos todos los paraguayos, cual es la de vivir en democracia, interactuar en el contexto del Derecho y el respeto irrestricto a los dictados de la justicia y fundamentalmente que IMPERE el Estado Social de Derecho.

Muchas gracias.

NOMINA DE EGRESADOS DE DERECHO PROMOCION 2002

A

Acevedo González, María Elena
Acha Mendoza, Carlos Sebastián
Achar Chávez, Fanny Mariela
Acuña Coronel, Silvia Dionisia
Acuña Esquivel, Ladislaa
Acuña Silva, Robert Iván
Aghemo de Lorenzi, Josefina Nieves
Agüero Ayala, Hugo Antonio
Agüero Fariña, Gustavo Adolfo
Agüero Monello, María Gabriela
Aguilera Espinoza, Fani Beatriz
Aguilera Iglesias, Otilia Concepción
Aguilera Villasanti, Mirian Celeste
Alarcón Chávez, Rodolfo Carlos
Alarcón Gamarra, Lorena Analy
Alarcón Safstrand, Virginia Mercedes
Alcaraz, Marta Beatriz
Alegre González, Víctor Hugo
Alfonso Perito, Irene
Almada Buzarquis, Víctor Raúl
Almada Frutos, Miguel Angel
Almada González, Cynthia Carolina
Amarilla Cantero, Amado Adolfo
Añazco López, Ana Elizabeth
Aranda Camacho, José Emilio
Arce Soler, María Alejandra
Argaña de Sola, Ma. T. del Niño Jesús Ysabel
Armoa Laspina, Jorge Miguel
Arza Galeano, Marco Antonio
Ascurra Ayala, Saturnino Gaspar
Ayala Cáceres, Andrea Carolina

B

Báez Arévalo, Mercedes Amelia
Báez Coronel, Julia Leonor
Báez Galeano, Oscar Augusto Luis Divaldo
Balbuena Estigarribia, Javier Rodrigo
Bareiro Aguilera, Patricia Rossana
Bareiro González, Dora Alicia
Barreto de Martínez, Sofía
Barrios Centurión, Elsa
Barrios Juárez, Marta Guillermina
Barrios Reyes, Aldo Hernán
Battilana Estigarribia, Silvia Teresita
Bazán de Zavala, Ibis Lorena
Benítez Benítez, Daniela Beatriz
Benítez de Ortiz, Fermina Lorena
Benítez Figueredo, Sergio Daniel
Benítez Galeano, Pedro Héctor
Benítez Maidana, Angela Felicia
Benítez Ovelar, Ever Epifanio
Bernadet Torres, Faustina
Bernal, Valeria Catalina
Bernal Kaufeler, Patricia Rosanna

Blanco Ramírez, Olga María
Bobadilla Benítez, Berta Yanina
Bogado Santa Cruz, María Rosa
Boggino Figueredo, Noelia
Borba Bogado, Osval Marcelo
Bordas Alvarez, Pedro Daniel
Borgognon Calo, Manuel Alfonso
Bóveda de Orué, Julia Librada
Brassel Báez, María Zunilda
Breuer de Boettner, María Lourdes
Breuer Rodríguez Alcalá, Sabryna
Bueno Cantero, Carmen

C

Caballero Cantero, Raúl Eligio
Caballero Ferreira, Elber Renán
Caballero Villasanti, Luz Marina
Cabezudo Cuevas, Juan Carlos
Cabrera Figueredo, Nancy Asurina
Cabrera Ruiz Díaz, María Cristina
Cáceres Duarte, Felipe
Cáceres Genes, Roberto Ramón
Cáceres Muzzachi, Derlis Beatriz
Cafferata Céspedes, Agustín Enrique
Calmejane Rojas, Rocío Vanessa
Cano Vargas, Marta Beatriz
Canteros de Romaguera, María Jazmín
Cañete, Néstor Alfredo
Capurro Fernández, Carlos Manuel
Carbonati Oroñoz, Lorena
Cardozo de Lamar, Gilda Teresa
Cardozo Genez, Ivanna Teresita
Cardozo González, Roberti Ariel
Careaga Talavera, Raúl Wilfrido
Costa Ruiz, José María
Costas Arriagada, Teresa Viviana
Cristaldo Ortiz, Leticia Isabel
Cuevas Ortiz, Pablo Ernesto
Cuevas Ruiz Díaz, Inocencio

CH

Chamorro Valinotti, Cynthia Marlene
Chávez Molinas, Julián Andrés
Chihan Ayala, Cynthia Teresita

D

Dávalos Salomón, Benjamín Eduardo
Dávalos Sotomayor, Rodrigo Javier
Delfino Ginés, César Raúl
Delgado Von Leppel, Nelly Jazmín
Del Puerto Bernie, Miguel José Honorio
Denis Chaparro, Sixto Celestino
Díaz Barrios, Cristhian Robert
Díaz Verón, Pedro Alejandro
Doldán Arrúa, María Gloria
Domaniczky Lanik, José Antonio
Dos Santos, Marcelo Abel
Dos Santos Melgarejo, José Angel Andrés
Duarte Vera, Marcos Antonio
Duré Caballero, Hugo Rolando
Duré Cardozo, Natalia Elizabeth

E

Elías, Carina Paola
Elizaur Brítez, Gustavo Enrique
Escobar Bravo, María Eugenia
Escobar Vargas, Gustavo Ramón
Escurra Martínez, Francisco Javier
Estigarribia Marín, María Luján

F

Faccioli Giménez, Claudia Rocío
Fariña Arévalos, Andrés Gaspar
Fernández Bilbao, José Félix Alejandro

Fernández Centurión, Humberto
Fernández Ramírez, Norma Alicia
Ferreira, Carlos Eduardo
Ferreira Avalos, Liz Carolina
Ferreira de los Ríos, Myrian Raquel
Ferreira Pérez, Tony Orlando
Figueredo Insaurralde, María Genoveva
Fiore Sánchez, Ernesto Ramón
Fischer Irala, Alberto
Fleitas Samaniego, Rocío Montserrat
Florentín Britos, Gustavo Alejandro
Florentín Romero, Juan
Fojo Betti, Carmen Patricia
Fornerón de Da Silva, Lisa María Rossana
Frachi Vargas, María Leticia
Franco de Ferreira, Rita Beatriz
Fretes Torres, Enrique Guillermo

G

Gaona López, Ana Teresa
Gaona Pereira, Laura Feliciana
Garcete Bazán, Miguel Fernando
Garcete Vera, Myrian Raquel
Gavilán, Alcides
Gayoso Colmán, Jorge Isaías
Giménez Moreira, Julián
Giménez Pereira, Marta Carolina
Godoy Silvera, Christian David
Goiburú Martinetti, Carlos Quinto Octavio
Gómez Ortigoza, Carolina Concepción
Gómez Valdez, Rubén Darío
González, Silvana Gabriela
González Corvalán, Martín María
González Cubilla, María Clemencia
González de Benítez, Nancy Elizabeth
González de Olmedo, María Cristina
González Esquivel, Carlos Antonio
González Gamarra, Lizza Mariel
González Gómez, Christhian Fabián
González Gómez, Marcos Augusto
González Planás, Mario Rodrigo
González Rodas, María Alicia
González Torales, Griselda
González Vicioso, Claudia Vanesa
Grance Arce, Marta Beatriz
Guerrero Portillo, Juan Leonardi

H

Hermoza Cardozo, Rossana Isabel
Hidalgo Cabrera, José Daniel
Huerta Recalde, Oscar Manuel
Huidobro Romero, María Adela

I-J

Ibarra Benítez, Raúl Martín
Ibarra Benítez, Rocío Aleli
Ibarrola Ruiz Díaz, Sofía
Iriarte Velázquez, Elvia Alejandrina
Irún Ayala, Tania Carolina Rosa
Jara Valdez, Nicolás

K

Kronawetter Kiumyian, Jorge Marcelo
Knoop, Marta

L

Laterza de los Ríos, Eduardo Belisario
Laterza Zunini, Miguel Antonio
Lesme Guillén, Gladys Ramona
Lezcano de Villalba, Aura Natalia
Lezcano Fernández, Carlos Alberto

Lezcano Guillén, Lilian Shirley
Lezcano Sánchez, Lorenzo Darío
Llamosas Brizuela, Lourdes Elizabeth
Llamosas Talavera, Manuel Guillermo
López Benítez, Mariana
López Núñez, Lilian Conceicao
López Santacruz, Margarita
Lugo Figueredo, Hugo Ricardo
Lugo Mercadal, Maria Fernanda Gabriela

M

Machuca Cardozo, Mabel Cristina
Machuca Guerrero, Marta Marlene
Manzi Ayala, César Antonio
Marcet Oviedo, Carla Elvira
Marecos Cáceres, Clara Alice
Marecos Díaz, Cynthia Mariela
Marecos López, Blas Alberto
Marín de Melgarejo, Claudelina Cantalicia
Martínez Agüero, Gustavo Nicasio Ramón
Martínez Ayala, Elena María Auxiliadora
Martínez Castillo, Evelin María Adelaida
Martínez Fernández, Ariel
Martínez Ortiz, Rosa Carolina
Martínez Palmieri, Sara Beatriz
Martínez Torres, Nidia del Carmen
Martínez Villalba, Raúl Mariano
Medina Delgado, Ada Liz
Medina Silva, Oscar Luis
Méndez Doldán, Cynthia Natalia
Méndez Hermosilla, Marino Daniel
Mendoza Velázquez, Karem Mabel Fabiola
Mercado Benítez, Albino
Miers Diana, Hugo Rubén
Miyasaki Miyamae, Analía Yuri
Monges Cáceres, Carlos Alexis
Montero Knoop, Liza Monserrat
Montiel Gavilán, Alcides Ricardo
Moral Ortega, Benicio
Moreno Duarte, María Isabel
Morínigo Fresco, Carlos Federico

N

Nazer Avila, Pedro Raúl
Netto Parodi, Raúl Arístides
Noceda Riveros, Gustavo Raúl
Noguera Vargas, Sandra María
Núñez Céspedes, Yenny Patricia
Núñez Jordán, Rubén Darío
Núñez Salinas, Lourdes Magnolia

O

Ocampos Alonzo, José
Ocampos Alvarez, Viviana Susana
Olmedo Olavarrieta, Luz Diana
Olmedo Salinas, Andrés Alberto
Ortega Aguilera, Lelis Paul
Ortega Montiel, Rosa Ramona
Ortellado Ocampos, Cynthia Martela
Ortiz, Carlos
Ortiz, Estela Maris
Ortiz García, Zully Concepción
Ortiz Ibarra, Gladys
Ortiz Ibarrola, Luz Carolina
Ortiz Ibarrola, Patricia Odilia
Ortiz Pierpaoli Brítez, Juan Fremiort
Orué Rolandi, José María
Otazú Melgarejo, María Luisa
Oviedo Sánchez, Gumercindo
Oviedo Sarubbi, Carlos Raúl

P

Paiva Talavera, Lilian Concepción
Palavecino, Judith Paola
Panizza Escobar, Alberto Luis
Paredes Avila, María del Carmen
Paredes Acuña, Indira Mirtha
Paredes García, María del Rocío Adriana
Paredes Marinheiro, Mónica Carolina
Paredes Núñez, Víctor Manuel
Pasmor de Palma, Evangelina
Pecci Albertini, Marcelo Daniel
Peña Fernández, Américo Norberto
Peña Rioboo, Genaro Augusto
Pereira Meza, Guillermo Narciso
Pérez, Rosa Ysabel
Pérez González, Diana Inés
Pérez Riquelme, Zaida Liliana
Pérez Rivas, Cecilia Arminda
Peroni Manzoni, María Verónica
Pettit Quiñónez, Horacio Antonio
Piñanez García, Luis Lionel
Planás Albertini, Guido Enrique
Poletti Ferreira, Humberto Hugo
Portillo Torales, Yolanda Elizabeth
Pozzo Benítez, José Antonio

Q

Quesada Vázquez, Sebastián Manuel
Quintana, Osvaldo Eufemio
Quiñónez Gayoso, Faviola Teresita

R

Ramírez Cabrera, Pablo Javier
Ramírez Hermosilla, Celsa
Ramírez Torales, Shirley Nuar
Ramos de Vallena, Francisca Saturnina
Recalde Rodríguez, Octavio Augusto
Reissner Cano, Carmen Nathalia
Riquelme Maidana, Carlos Ignacio
Rivas Vera, Francisca Mónica
Rivas Vera, Karen Elizabeth
Roa Alvarez, Carolina Andrea
Roa Correa, María Esther
Rodgers Canas, Roy Robinson John Wessler
Rodríguez Canillas, Alfonso Daniel
Rodríguez Duré, Arnildo Alejandro
Rojas Bogado, Cristina Beatriz
Rojas Cardozo, Hernán
Rojas Ramos, Silvio Rubén
Rojas Soto, Emiliana
Rolón Luján, Ceferino
Rolón Núñez, Rosa Angélica
Rolón Sosa, Lida Concepción
Romero Escurra, Adolfo Reué
Romero Mendoza, Lilian Nancy
Romero Rodríguez, Nelson Ramón
Ruiz Díaz Agüero, Roberto Eliseo
Ruiz Maciel, Walter Raúl

S

Sabate Pompa, Jorge Luis
Saguier Abente, Agustín Miguel
Salas Coronel, Wilsen Benito
Salomón Zaracho, Epifanio
Samaniego Cabrera, Gustavo
Samaniego Lovera, Aníbal Javier
Samaniego Lovera, Diego Alejandro
Samaniego Vega, Luis Alberto
Sanabria Centurión, Guillermo Javier
Sanabria Martínez, María Paola
Sanabria Sanabria, Dionicio Gustavo
Sanabria Sanabria, María Cristiana

Sánchez Cano, Jimmy Faustino
Sánchez López Moreira, Iván Genaro
Sánchez Paciello, Juan Daniel
Sánchez Saldívar, Patricia Isabel María
Santander Florentín, Silvia Juana
Santiviago Rivarola, José Ignacio
Savorgnan González, María Alejandra
Scala de Giménez, Graciela Haydée
Scappini Parzajuk, Claudia Andrea
Schramen Grubl, Sonya Nicolle
Servián Mussi, Adriana María
Sosa Ayala, César Alberto
Sosa Barreiro, Juan Migdonio
Sosa Rivas, Mónica Valeria
Speciale Olmedo, Jorge
Spiridonoff Benítez, Katya
Suárez Peña, Raúl Alberto

T

Tauber Vázquez, Alfredo Rodrigo
Torres Núñez, Francisco Gabriel
Torres Ozorio, Claudia Jeorgina

U

Ugarte Ferrari, Osvaldo Luis
Umbert Colmán, Rocío Celeste

V

Valenzuela de Ferreira, Zaida Rocío
Valinotti Pineda, Federico Martín María
Vallejos Blasco, Juan Carlos
Varela Ríos, Victorina
Vargas peña Arroñade, Miguel Ignacio
Vázquez Benítez, Liz Raquel
Vázquez Tanasio, Carlos Alberto
Vega Meza, José Luis
Velázquez González, Rocío Liliana
Velázquez Llano, Alicia
Velilla Fernández, Adrián Alberto
Venialgo, María Alejandra
Vera Giménez, Sebastiana
Vera González, Rosana Smilce
Vera Ojeda, Hugo Nelson
Vera Trinidad, Jorge Enrique
Vera Vázquez, Crhisthian Norberto
Verduguez Quiñónez, María Angela del Pilar
Vidovich Docters, Juan Félix
Villagra Merino, Oscar José Raúl
Villalba, Luis Antonio
Villalba Alfonso, Rubén Darío
Villalba de Irala, Rosa Beatriz
Villalba Mereles, Sergio Irán

W

Wilberger Ramírez, Adolfo

Y

Yamamoto Delvalle, Yoshio
Yudice Pane, Juan Manuel Severiano
Yuruhan Díaz, Amado Arsenio
Yegros Blasco, Juan Miguel

Z

Zacarías Recalde, Roberto Carlos
Zanotti Cavazzoni Mesquita, Lía Margarita
Zárate Melgarejo, Julio Fernando
Zárate Melgarejo, Luis Ricardo
Zarza Benítez, Cristina

NOMINA DE EGRESADOS DE NOTARIADO

1999 – 2002 – PLAN 99 (30 Materias)

Acha Mendoza, María Monserrath
Benítez de Agüero, Dolores Concepción
Chávez Bareiro, María Reveca
Gaona Riveros, Ana María
Rolón, María Eva
Torales Vda. de Duarte, Ricarda
Villate de Gadea, Mirta Elizabeth

V Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo

Informe de Profesores

Las Carreras de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas

V ENCUENTRO DE DECANOS DE FACULTADES DE DERECHO DE LA ASOCIACION DE UNIVERSIDADES DEL GRUPO MONTEVIDEO

Córdoba – Argentina – 27 y 28 de noviembre de 2003

CARTA DE CORDOBA

Concluidas las deliberaciones del Encuentro, en sesión plenaria, los participantes del mismo: Señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira; del Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina – Brasil, Dr. José Luiz Fobierajski; del Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República – Uruguay, Dr. Alejandro Abal Oliú; del Señor Secretario General de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción – Paraguay, Dr. Osvaldo González Ferreira; del Señor Director Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción – Paraguay, Dr. Angel Yubero Aponte, del Señor Director de la Unidad de Apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República – Uruguay, Dr. Oscar Sarlo; del Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Gonzalo Alvarez; de la Señora Secretaria de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Cecilia Gómez Masía; del Señor Director del Programa de Desarrollo Institucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Dr. Carlos A. Lista; de la Señora Secretaria de Asuntos Académicos de la Universidad Nacional de Córdoba, Dra. Myriam Consuelo Parmigiani de Barbara; de la Señora Pro Secretaria Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Mag. María Eugenia Gómez del Río; acuerdan por unanimidad conforme al Acta aprobada, lo siguiente:

1. Crear la Secretaría Ejecutiva Permanente del Grupo de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, con sede en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.

2. Aprobar la propuesta de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, respecto del proyecto de creación de una Escuela de Derecho del MERCOSUR y encargarle el desarrollo de acciones orientadas a efectivizar cursos de postgrado en dicho marco.

3. Designar a la Universidad de la República (Uruguay) para la elaboración de un proyecto de sistema de equivalencias y reconocimiento automático que facilite el intercambio de estudiantes. La oferta de materias por cada Facultad deberá ir acompañada del programa, bibliografía, carga horaria y tiempo cursado de la misma.

4. Encomendar a la Secretaría Ejecutiva Permanente la difusión de convocatorias para la movilidad estudiantil entre las Facultades de Derecho miembros de la AUGM y la creación de un boletín virtual en la página web de la AUGM.

5. Autorizar a la Universidad de la República a gestionar el patrocinio de la COADEM (Colegios y Ordenes de Abogados del MERCOSUR) para el ofrecimiento conjunto con las facultades de Derecho miembros de la AUGM de títulos y certificados para graduados.

6. Incorporar el documento sobre "Estándares para la autoevaluación de la función enseñanza–docencia de las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas de Argentina", elaborado en el marco del Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Públicas, y presentado por la Universidad de Buenos Aires.

7. Continuar analizando el documento sobre "Estándares para la autoevaluación de la gestión institucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas", desarrollado por las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales argentinas, en el marco del Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Públicas, y presentado por la Universidad de Buenos Aires.

8. Encomendar a la Secretaría Ejecutiva Permanente la remisión de ambos documentos a todas las Facultades miembros, solicitando a las mismas el envío de sugerencias, comentarios, observaciones y aportes, hasta el día 31 de marzo de 2004.

9. Encargar a la Facultad de Derecho de la UBA la armonización y compatibilización de los documentos sobre Estándares Aprobados, con los

correspondientes Estándares vigentes en las Facultades de Derecho de las Universidades de Brasil.

10. Encomendar a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el análisis de compatibilidades entre los planes de estudio de las carreras jurídicas de grado de las Facultades de Derecho de la AUGM. A tal efecto, se establece el 30 de abril de 2004 como fecha máxima para que las Facultades miembros remitan la documentación necesaria.

11. Requerir a la Secretaría Ejecutiva Permanente con la colaboración de la Universidad de la República, que gestione ante la AUGM la obtención de fondos del MERCOSUR educativo, para el financiamiento de acciones que permitan efectivizar las decisiones acordadas.

12. Fijar el mes de abril del año próximo para la realización de una reunión de técnicos con el objetivo de discutir el diseño de la Escuela de Derecho del MERCOSUR, quedando la Secretaría Permanente encargada de determinar la fecha.

13. Encargar a las Facultades de Derecho responsables de las acciones aprobadas, la elaboración y remisión de cronogramas de cumplimiento de las mismas.

14. Adherir a la declaración del Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Públicas de Argentina, realizada en Mar del Plata el 21 de noviembre de 2003 y referida al compromiso de las Universidades Públicas en la capacitación del Poder Judicial, se incorpora como anexo el documento respectivo.

15. Reiterar la relevancia de lo acordado en el IV Encuentro de Decanos celebrado en Asunción, los días 21 y 22 de noviembre de 2002, sobre la coordinación de los responsables de la red de Bibliotecas de las Facultades de Derecho de la AUGM.

16. Desarrollar propuestas para la generación de proyectos de investigación compartidos entre las Facultades participantes.

Leída que fue y ratificada por todos los miembros presentes, se firma esta Carta en la ciudad de Córdoba, Argentina, a los veintiocho días del mes de noviembre de 2003.

Otro sí decimos: la Universidad de Santa Catarina asume el compromiso de elaborar la historia de los antecedentes de los encuentros de Facultades de Derecho de la A.U.G.M. y entregar a la Secretaría permanente para su conservación y a los demás efectos.

María Cecilia Gómez. Osvaldo González F.

INFORME DE PROFESORES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Asunción, 01 de diciembre del 2003

Profesor Doctor
Carlos Fernández Gadea, Decano
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Asunción
Santísima Trinidad, Paraguay

De nuestra consideración:

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, y por su digno intermedio a los señores miembros del Honorable Consejo Directivo de la Institución, a fin de elevar a su consideración el Acta del V Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, como así mismo las conclusiones a las que se arribaron en el precitado cónclave concluyendo con la Carta de Córdoba.

En tal sentido, señor Decano, es importante consignar cuanto sigue:

a) la Delegación Paraguaya hizo notar, en su momento, que en el IV Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, celebrado en Asunción en el mes de noviembre del año 2002, se había determinado entre otros conceptos, que la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.) se encargaría de elaborar un documento so-

*) Informe de los abogados profesores Osvaldo González y Angel Yubero Aponte del V Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo

bre estándars mínimos compartidos que sirvan como marco de referencia para la Evaluación y Acreditación de las Carreras Jurídicas.

La Universidad de Buenos Aires informó, presentó y solicitó, que un documento sobre estándars mínimos elevado por las Facultades de Derecho de Universidades Públicas de la República Argentina sea anexada a las conclusiones del V Encuentro en la ciudad de Córdoba.

El documento en cuestión indica que se ha avanzado mucho en el tema, por lo que esta delegación estima pertinente que el señor Decano y el Honorable Consejo Directivo de la Institución deben resolver, en carácter de urgencia, el inicio del proceso de Auto–Evaluación Institucional, salvo mejor parecer.

b) En el tema referente a intercambio estudiantil hemos recalcado sobre la importancia de diseñar un sistema de créditos compatible entre los países miembros a los fines del reconocimiento curricular de lo actuado por el alumno en situación de intercambio.

c) En relación al punto sobre análisis de la compatibilidad entre planes de estudios y reconocimiento automático de equivalencias curriculares entre Facultades de Derecho de la A.U.G.M., propusimos elaborar un plan piloto con asignaturas del primer año que no tengan un porcentaje elevado o la totalidad del contenido programático, aspectos referentes al Derecho Positivo Nacional de los miembros signatarios.

d) En lo referente a la presentación de planes de estudios, vigentes en las instituciones representadas, hemos procedido a la distribución de los planes vigentes tanto de Derecho y a pedido de los anfitriones también el de Notariado, como así también los programas de estudios.

Asimismo, hemos procedido a cursar invitación, siguiendo las instrucciones precisas del señor Decano, Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea, para que se realice una reunión extraordinaria en Asunción en fecha a ser confirmada.

El señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba Prof. Dr. Pedro Yanzi, en principio, aceptó gustoso la invitación y espera que sea confirmada la fecha para disertar sobre la Reforma del Plan Curricular, pues la Universidad de Córdoba (Facultad de Derecho) se encuentra en plena etapa de implementación del nuevo Plan Cu-

rricular (ya están en el tercer año) y consideramos que se trata de la persona ideal para la consecución de tamaña empresa, cual es el de realizar los ajustes necesarios no solo al plan de estudios sino a otros aspectos de la vida institucional, salvo mejor parecer.

La próxima reunión, se ha acordado, se llevará a cabo en el mes de junio en Buenos Aires (República Argentina) siendo anfitriona la Universidad de Buenos Aires, previa a esta reunión se acordó una en el mes de abril para discutir el diseño de la Escuela de Derecho del MERCOSUR, quedando a cargo de la Secretaría permanente (U.B.A.) determinar la fecha de dicha reunión.

Acompañamos a la presente el Acta respectiva del Encuentro como así también la Carta de Córdoba.

Sin otro particular, aprovechamos la ocasión para saludarle muy atentamente.

Prof. Abog. Osvaldo González. Secretario General
Prof. Abog. Angel Yubero Aponte. Director Académico Turno Tarde
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – AUGM
Universidad Nacional de Córdoba – Asociación de Universidades del Grupo Montevideo

LAS CARRERAS DE CIENCIAS SOCIALES Y CIENCIAS POLITICAS

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción implementará desde el presente año lectivo las carreras de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, Licenciaturas de Grado, que funcionarán en la antigua e histórica "Casa Solariega de la Cultura Paraguaya".

Es importante consignar que para el funcionamiento de las precitadas carreras, el Honorable Consejo Superior Universitario ya había aprobado, por Resolución en el Acta Nº 253 de fecha 20 de julio de 1972, pero por razones de infraestructura y fundamentalmente por cuestiones atendibles pero no justificables se dejaron pasar más de 30 años para implementar una de las carreras mas importantes, en la actualidad, y que conjuntamente con la filosofía, otorgan la "mayoría de edad" a las unidades académicas de Educación Superior Universitaria.

En efecto, qué rumbos puede tomar nuestra ya, mas que centenaria Universidad Nacional, sin arriesgar la suerte de la Nación, organizada en instrumento legal, Estado Paraguayo, si es que no tiene pensadores que puedan visualizar las grandes transformaciones que se generan en el mundo actual, con políticas globalizadas y globalizantes de fuerte contenido hegemónico e imperialista sin desechar los grandes esfuerzos y plausibles intentos de líderes y estadistas mundiales que buscan afanosamente que los pueblos menos favorecidos accedan a niveles de vida acorde a la condición humana.

A continuación se expone una síntesis de la Estructura Básica de la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas

El C.B.C. cuenta con las siguientes materias y carga horaria:

*) Coordinador de la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas

1º Curso C.B.C.	**Siglas**	**Carga Horaria**
A1) Introducción a las Ciencias Sociales	(ICS)	(84)
A2) Metodología de las Ciencias Sociales	(MCS)	(84)
A3) Nociones de Derecho	(ND)	(84)
A4) Elementos de Estadística	(EE)	(84)
A5) Historia del Pensamiento Social y Político I	(HP I)	(84)
A6) Idioma Extranjero I	(IE I)	(84)
A7) Idioma Guaraní I	(IG I)	(84)
A8) Seminario I	(S I)	(54)
A9) Seminario II	(S II)	(54)
TOTAL DE HORAS ANUAL:		696

2º Curso C.B.C.	**Siglas**	**Carga Horaria**
B1) Teoría Social	(TS)	(84)
B2) Investigación Social	(IS)	(84)
B3) Estadística Social	(ES)	(84)
B4) Desarrollo Económico Social	(DES)	(84)
B5) Historia del Pensamiento Social y Político II	(HP II)	(84)
B6) Idioma Extranjero II	(IE II)	(84)
B7) Idioma Guaraní II	(IG II)	(84)
B8) Seminario I	(S I)	(54)
B9) Seminario II	(S II)	(54)
TOTAL DE HORAS ANUAL:		696

Disciplinas Específicas:

9.1. CARRERA DE CIENCIAS SOCIALES

3er. Curso – Curso de la Especialización	**Siglas**	**Carga Horaria**
C1) Sociología General	(SG)	(84)
C2) Sociología Urbana	(SU)	(84)
C3) Comunicación Social	(CS)	(84)
C4) Grupos Sociales	(GS)	(84)
C5) Métodos Sociológicos	(MS)	(84)
C6) Estructura Social	(ES)	(84)
C7) Idioma Guaraní III	(IG III)	(84)
C8) Idioma Extranjero III	(IE III)	(84)

C9) Seminario I	(S I)	(54)
C10) Seminario II	(S II)	(54)
TOTAL DE HORAS ANUAL		780

4º Curso – Curso de la Especialización	**Siglas**	**Carga Horaria**
D1) Sociología Rural	(SR)	(84)
D2) Antropología	(A)	(84)
D3) Sociología del Desarrollo	(SD)	(84)
D4) Cambio Social	(CS)	(84)
D5) Sicología Social	(SS)	(84)
D6) Análisis Social	(AS)	(84)
D7) Idioma Guaraní IV	(IG IV)	(84)
D8) Idioma Extranjero IV	(IE IV)	(84)
D9) Seminario I	(S I)	(54)
D10) Seminario Taller para la Elaboración de Tesis	(STT)	(54)
TOTAL DE HORAS ANUAL		780

9.2. CARRERA DE CIENCIAS POLITICAS

3º Curso – Curso de la Especialización	**Siglas**	**Carga Horaria**
E1) Historia de las Ideas Políticas I	(HIP I)	(84)
E2) Teoría Política	(TP)	(84)
E3) Derecho de la Integración	(DI)	(84)
E4) Administración Pública	(AP)	(84)
E5) Proceso Político	(PP)	(84)
E6) Derecho Constitucional	(DC)	(84)
E7) Idioma Guaraní III	(IG III)	(84)
E8) Idioma Extranjero III	(IE III)	(84)
E9) Seminario I	(S I)	(54)
E10) Seminario II	(S II)	(54)
TOTAL DE HORAS ANUAL:		780

4º Curso – Curso de la Especialización	**Siglas**	**carga Horaria**
F1) Historia de las Ideas Políticas II	(HIP II)	(84)
F2) Política Nacional	(PN)	(84)
F3) Derecho y Relaciones Internacionales	(DRI)	(84)
F4) Organismos Internacionales	(OI)	(84)

F5) Política Empresarial	(PE)	(84)
F6) Geopolítica	(GP)	(84)
F7) Idioma Guaraní IV	(IG IV)	(84)
F8) Idioma Extranjero IV	(IE IV)	(84)
F9) Seminario I	(S I)	(54)
F10) Seminario Taller para la Elaboración de Tesis	(STT)	(54)
TOTAL DE HORAS ANUAL:		780

CIENCIAS SOCIALES O CIENCIAS POLITICAS

CICLO BASICO COMUN	(2 Años)	1.392
CURSO DE ESPECIALIZACION	(2 Años)	1.560
TOTAL DE HORAS:		2.952