UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

REVISTA



2004

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

CONSEJEROS SUPLENTES

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

No Docente
Abog. Javier Villamayor

Estudiantes
Luis Esquivel, Oscar Forestieri, Mónica Bogarín

DIRECTOR ACADEMICO

Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas

SECRETARIO GENERAL

Prof. Abog. Angel Yubero Aponte

REPRESENTANTE ANTE EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO

Título

Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado

Suplente

Prof. Dr. Sindulfo Blanco

REPRESENTANTES ANTE LA ASAMBLEA UNIVERSITARIA

Títulares

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

Suplentes

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

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

INSTITUTO DE INVESTIGACION DE DERECHO PUBLICO

Director:	Profesor Dr. Marco Antonio Elizeche
Miembros:	Prof. Dr. Carlos A. Mersán
	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. José Raúl Torres Kirmser
	Prof. Dr. Antonio Salum Flecha
	Prof. Dr. Jorge L. Saguier
	Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo
	Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
	Prof. Dr. Pedro Hugo Mersán Galli
	Prof. Abog. Myriam Peña

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director:	Prof. Dr. Hugo 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. Oscar Rodríguez Kennedy
Integrantes:	Abog. Lorena Morínigo
	Abog. Adela López
	Abog. Ana Valiente de Zaputovich
	Abog. Hugo Fernández
	Abog. Mabel Villordo
	Abog. Alba Cañete
	Abog, Lucilos Cardozo
Asistente:	Gladys Almada Cáceres
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	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Tercera	Noche
Almada Cáceres Mirta Beatriz	Derecho Civil (Cosas)	Asistente	Tercero	Tarde
Almada Florencio Pedro	Derecho Civil (Cosas)	Titular	Tercero	Noche
Almada Florencio Pedro	Derecho Civil (Cosas)	Titular	Tercero	Tarde
Almada Florencio Pedro	Economía Política	Titular	Primero Tercera	Noche
Almirón Prujel Maria Elodia	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto C. Primera	Noche
Allen Hugo	Derecho Procesal Civil I Parte	Adjunto	Cuarto	Tarde
Allen Hugo	Derecho Procesal Civil I Parte	Titular	Quinto	Tarde
Añazco De Ayala Lilia	Derecho Registral	Asistente	Cuarto- Notariado	Noche
Arce Obregón Carlos	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Barriocanal Fernando	D. Romano II Parte	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Barriocanal Fernando	D. Romano I Parte	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Battilana Nigra Raúl	Introducción al Derecho	Titular	Primero Segunda	Noche
Battilana Nigra Raúl	Introducción al Derecho	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Benítez Luis	D. Romano I Parte	Adjunto	Primero Segunda	Tarde
Benítez Luis	Historia Diplomática	Adjunto	Cuarto Segunda	Noche
Blanco Sindulfo	Economía Política	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Blanco Sindulfo	Derecho Tributario	Adjunto	Sexto	Noche
Blasco Patricia	Criminología	Asistente	Primero Primera	Tarde
Blasco Patricia	Criminología	Asistente	Primero Segunda	Noche
Bogado Fleitas Oscar	Derecho Aeronáutico	Titular	Quinto	Tarde
Bogado Fleitas Oscar	Derecho Aeronáutico	Asistente	Quinto	Noche
Bogarín Sarubbi Jorge	D. Civil (Contratos)	Asistente	Quinto	Noche
Buongermini Mercedes	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Tercera	Noche
Caballero Giret Marco	Finanzas Públicas	Asistente	Tercero	Noche
Caballero Giret Marco	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Calonga Arce Amelio	Derecho Procesal Civil I Parte	Titular	Cuarto	Noche
Cantero Enrique	Derecho Procesal Penal	Adjunto	Sexto	Noche
Cantero Enrique	Derecho Procesal Penal	Adjunto	Sexto	Tarde
Carballo Mutz Francisco	Derecho Procesal Penal	Asistente	Sexto	Noche
Carballo Mutz Francisco	Derecho Procesal Penal	Instructor	Sexto	Noche
Casal Di Lascio María Bellmar	Derecho del Trab. y Seg. Social	Asistente	Segundo	Tarde
Casal Di Lascio María Bellmar	Derecho del Trab. y Seg. Social	Asistente	Segundo Primera	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	Introducción al Derecho	Titular	Primero Primera	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Derecho Político	Adjunto	Tercero	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto Primera	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Filosofía Del Derecho	Adjunto	Quinto	Noche

*) Lista proporcionada por la Secretaría de la Facultad.

Colman De Florentín Georgina	Derecho Civil (Contratos)	Encag. De Cátedra	Tercero Notariado	Noche
Coll Rodríguez César	Filosofía Del Derecho	Asistente	Quinto	Tarde
Coll Rodríguez César	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	Derecho Civil (Cosas)	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Primera	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	Derecho del Trab. y Seg. Social	Asistente	Segundo Primera	Noche
Chase Plate Enrique	Derecho Administrativo	Titular	Quinto	Noche
Chase Plate Enrique	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto Primera	Noche
De León Miguel Angel	Derecho del Trab. y Seg. Social	Asistente	Segundo Primera	Noche
Delmás Frescura Guillermo	Derecho Procesal Penal	Titular	Sexto	Noche
Elizeche Almeida Modesto	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto	Tarde
Elizeche Marco Antonio	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Tarde
Elizeche Marco Antonio	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Noche
Encina Marín Alejandro	Criminología	Titular	Primero Tercera	Noche
Encina Marín Alejandro	Derecho Procesal Penal	Titular	Sexto	Noche
Encina De Riera Cruz	Criminología	Asistente	Primero Segunda	Noche
Estigarribia Elizeche Hugo	D. Romano II Parte	Titular	Segundo Segunda	Noche
Estigarribia Elizeche Hugo	Criminología	Titular	Primero Segunda	Noche
Estigarribia Gutiérrez Hugo	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Primara	Noche
Estigarribia Gutiérrez Hugo	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Segunda	Noche
Fabrice Turbaux	Derecho Mercantil I Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
Fernández Alarcón Rafael	Derecho Político	Asistente	Tercero	Tarde
Fernández Alarcón Rafael	Derecho Político	Asistente	Tercero	Noche
Fernández Alarcón Rafael	Técnica de Litigac. Adversarial	Encarg. de Cátedra	Sexto	Noche
Fernández Alarcón Rafael	Criminología	Asistente	Primero Tercera	Noche
Fernández De Brix Wilfrido	Derechos Intelectuales	Adjunto	Cuarto	Tarde
Fernández De Brix Wilfrido	Derechos Intelectuales	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Agrario	Titular	Segundo Primera	Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Marítimo	Titular	Cuarto	Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Mercantil I Parte	Titular	Cuarto	Noche
Fernández Villalba Julio Cesar	Derecho Agrario	Asistente	Segundo Primera	Noche
Fernández Villalba Carlos	Derecho Marítimo	Adjunto	Cuarto	Noche
Fernández Villalba Carlos	Derecho Marítimo	Adjunto	Cuarto	Tarde
Fernández Villalba Carlos	Derecho Administrativo	Asistente	Quinto	Tarde
Fleitas Arguello Francisco	Derecho Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Noche
Franco Benítez Martín	Derecho Romano II	Asistente	Segundo	Tarde
Franco Benítez Martín	Derecho Romano II	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Fretes Antonio	Derecho Agrario	Titular	Segundo Segunda	Noche
Fretes Antonio	Quiebras	Adjunto	Quinto	Noche
Fretes Antonio	Derecho Agrario	Titular	Segundo	Tarde
Galeano Pio	Derecho Mercantil II Parte	Encarg. de Cátedra	Tercero Notariado	Noche
Galeano Romero Luis	Sociología	Asistente	Primero Primera	Tarde
Gaona Franco Patricio	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche
Garay César	Derechos Humanos	Titular	Cuarto	Noche
Garay César	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Gómez Grassi Atilio	Quiebras	Titular	Quinto	Noche
Gómez Fleytas José Gaspar	D. Romano II Parte	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Gómez Frutos Raúl	D. Mercantil I Parte	Asistente	Cuarto	Tarde
González Alfonso Carlos	Derecho Notarial	Titular	Cuarto Notariado	Noche
González Alfonso Carlos	Derecho Procesal Civil II Parte	Titular	Quinto	Tarde
González Ferreira Osvaldo	Derecho Romano II Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
González Ferreira Osvaldo	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Noche
González Macchi José Ignacio	Técnica de Litigac. Adversarial	Encarg. de Cátedra	Sexto	Tarde
González Macchi José Ignacio	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Segunda	Noche

González Macchi José Ignacio	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Primera	Noche
González Morel Carlos	Derecho Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
González Morel Carlos	Derecho Notarial	Asistente	Cuarto Notariado	Noche
González Osvaldo	Derecho Romano II Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
González Petit Adolfo Paulo	Criminología	Titular	Primero Segunda	Noche
González Petit Adolfo Paulo	Medicina Legal	Titular	Cuarto	Noche
Gorostiaga José Emilio	Criminología	Titular	Primero Primera	Noche
Gorostiaga José Emilio	Derecho Procesal Penal	Instructor	Sexto Primera	Noche
Ibarra Enrique	Economía Política	Titular	Primero Segunda	Noche
Iriberri Fernando	Sociología	Asistente	Primero Tercera	Noche
Kohn Gallardo Marcos	D. Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Tarde
Kohn Benítez Carlos	Derecho Penal II Parte	Titular	Tercero	Tarde
Kohn Benítez Carlos	D. Civil (Sucesiones)	Titular	Sexto	Noche
Kohn Gallardo Marcos	Derecho Procesal Penal	Instructor	Sexto	Tarde
Lezcano Arias José Nicolás	Medicina Legal	Asistente	Cuarto	Noche
Lezcano Claude Luis	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto Segunda	Noche
Llamas Gómez Francisco	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero Primera	Tarde
Llanes Torres Oscar	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Tarde
Martines Simón Alberto	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Tarde
Martines Vallinotti Inés	Derecho Aeronáutico	Adjunto	Quinto	Noche
Martines Vallinotti Inés	D. Internacional Privado	Asistente	Sexto	Noche
Martines Vallinotti Inés	Derecho Aeronáutico	Asistente	Quinto	Tarde
Melgarejo Eusebio	D. Internacional Privado	Asistente	Sexto	Noche
Mendelzón Módica Mariana	D. Internacional Privado	Encarg. de Cátedra	Cuarto Notariado	Noche
Mendelzón Módica Mariana	D. Internacional Privado	Asistente	Sexto	Tarde
Mendonca Bonnet Carlos	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Mendonca Bonnet Juan Carlos	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Segunda	Noche
Mereles Leite Imbert	Derecho Procesal Civil I Parte	Asistente	Cuarto	Tarde
Mereles Leite Imbert	Derecho Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
Mersán Carlos A.	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Noche
Mersán Galli Pedro Hugo	Derechos Intelectuales	Asistente	Quinto	Noche
Moreno Fátima	Derecho Civil (Contratos)	Encarg. de Cátedra	Cuarto Notariado	Noche
Moreno Rodríguez Liliana	D. Civil (Personas)	Asistente	Segundo	Tarde
Moreno Rodríguez José	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Noche
Moreno Rodríguez José	D. Civil (Contratos)	Asistente	Quinto	Noche
Moreno Ruffinelli José	D. Civil (Personas)	Titular	Segundo Primera	Noche
Moreno Ruffinelli José Antonio	D. Civil (Personas)	Titular	Segundo	Tarde
Noguera Genes Rosa	Introducción al Derecho	Encarg. de Cátedra	Primero Notariado	Noche
Noguera Genes Rosa	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Primera	Tarde
Nuñez Secundino	Filosofía Del Derecho	Enc. De Cátedra	Quinto	Tarde
Nuñez Secundino	Filosofía Del Derecho	Encarg. de Cátedra	Segundo Notariado	Noche
Ocampos Luis Benito	Derecho de la Integración	Encarg. de Cátedra	Tercero Notariado	Noche
Ocampos Araujo Benito	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Noche
Ortega De Reyes Norma	Medicina Legal	Asistente	Cuarto	Tarde
Ortiz Pierpaoli Fremiort	Derechos Intelectuales	Titular	Quinto	Tarde
Oviedo De Torales Nimia	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto	Tarde
Ozuna Adolfo	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Páez Monges Manuel Maria	Historia Diplomática	Encarg. de Cátedra	Cuarto	Tarde
Paredes Doris Raquel	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Noche
Paredes, Juan Carlos	Derecho Mercantil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
Paredes Felipe Santiago	Derecho Procesal del Trabajo	Titular	Sexto	Noche
Paredes Felipe Santiago	Derecho del Trab. y Segur. Social	Titular	Segundo Primera	Noche
Parquet Villagra Javier	Derecho Administrativo	Asistente	Quinto	Noche
Peña Myrian	D. Civil (Personas)	Asistente	Segundo Segunda	Noche

Peña Myrian	D. de la Niñez y la Adolescencia	Asistente	Segundo	Tarde
Pereira Jiménez Maria Del Mar	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Primera	Tarde
Pereira Saguier Benito	Técnica Jurídica	Titular	Sexto	Noche
Pereira Saguier Benito	Técnica Jurídica	Adjunto	Sexto	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	Finanzas Públicas	Adjunto	Tercero	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	Economía Política	Adjunto	Primero Segunda	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	Derecho Tributario	Adjunto	Sexto	Tarde
Pucheta de Correa Alicia	Derecho del Trab. y Segur. Social	Adjunto	Segundo	Tarde
Pucheta de Correa Alicia	D. de la Niñez y la Adolescencia	Titular	Segundo Primera	Noche
Pussineri Oddone Francisco	D. Penal II Parte	Titular	Tercero	Noche
Recalde Carmen	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Riera Hunter Marcos	Lógica Jurídica	Titular	Primero Tercera	Noche
Ríos Avalos Bonifacio	Derecho Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Ríos Avalos Bonifacio	Derecho Mercantil II Parte	Adjunto	Quinto	Tarde
Ríos Avalos Bonifacio	Derecho Civil Obligaciones	Titular	Cuarto	Tarde
Rivarola Paoli Juan Bautista	Economía Política	Titular	Primero Primera	Noche
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Romano I Parte	Titular	Primer Segunda	Noche
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Internacional Público	Titular	Tercero	Tarde
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Internacional Público	Asistente	Tercero	Noche
Rivarola Pérez Juan Bautista	Economía Política	Asistente	Primero Primera	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 Benitez Olga	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto Primera	Noche
Rolón Fernández Emiliano	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo	Tarde
Ruiz Díaz Labrano Roberto	D. Internacional Privado	Titular	Sexto	Noche
Ruiz Díaz Labrano Roberto	D. Internacional Privado	Adjunto	Sexto	Tarde
Ruiz Díaz Labrano Roberto	Derecho de la Integración	Titular	Tercero	Noche
Ruiz Díaz Labrano Roberto	Derecho de la Integración	Asistente	Tercero	Tarde
Russo Cantero Carlos	D. De La Integración	Adjunto	Tercero	Noche
Saguier Guanes Jorge L.	Derecho Político	Titular	Tercero	Noche
Saguier Guanes Jorge L.	Derecho Político	Titular	Adjunto	Tarde
Salum Flecha Antonio	Historia Diplomática	Titular	Cuarto Primera	Noche
Salum Pires Eric	Introducción al Derecho	Titular	Primer Segunda	Tarde
Samaniego Correa Luis	Derecho del l Trab. y Segur. Soc.	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Samaniego Stella	Sociología	Asistente	Primer Segunda	Noche
Samaniego Stella	Sociología	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Samaniego Stella	Sociología	Enc. De Cátedra	Primero Primera	Noche
Sánchez Juan	Derecho Agrario	Asistente	Segundo	Tarde
Sánchez Cristóbal	Derecho Penal II Parte	Asistente	Tercero	Noche
Sánchez Cristóbal	Derecho Procesal Penal	Encarg. de Cátedra	Cuarto Notariado	Noche
Sánchez Cristóbal	Criminología	Asistente	Primero Primera	Noche
Sánchez Florentín Víctor	Derecho Civil (Cosas)	Asistente	Tercero	Noche
Sánchez Godoy Concepción	Derecho Procesal del Trabajo	Asistente	Sexto	Noche
Sánchez Godoy Concepción	Derecho Procesal del Trabajo	Enc. De Cátedra	Sexto	Tarde
Sánchez Godoy Concepción	Derecho del Trab. y Segur. Social	Asistente	Segundo Primera	Noche
Sánchez Librado	Economía Política	Encarg. de Cátedra	Primero Tercera	Noche
Seall Sasiain Jorge	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto	Tarde
Sosa Centurión Luis Fernando	Derecho Agrario	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Sosa Centurión Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Noche
Sosa Centurión Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Tarde
Sosa Elizeche Enrique	Derecho Administrativo	Adjunto	Quinto	Tarde
Sosa Jovellanos Carlos	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Tercera	Noche
Sosa Jovellanos Carlos	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche

Stanley De Mena Patricia	Derecho de la Integración	Asistente	Tercero	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
Torres Rosas María Iris Delcy	Derecho Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Noche
Trovato Pérez Guillermo	D. de la Niñez y la Adolescencia	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Velázquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Primera	Noche
Velázquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Velázquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Encarg. de Cátedra	Encarg. Notariado	Noche
Villagra Soledad	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto	Tarde
Villalba Fernández Nery	Economía Política	Asistente	Primero Primera	Tarde
Villalba Mendieta Olga	Derecho Agrario	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Ynsfran Saldivar Linneo	Derecho Civil (Personas)	Encarg. de Cátedra	Primero Notariado	Noche
Ynsfrán Saldivar Linneo	Derecho Civil (Personas)	Asistente	Segundo Primera	Noche
Ynsfrán Saldivar Linneo	Derechos Humanos	Encarg. de Cátedra	Cuarto Segunda	Noche
Yubero Aponte Angel	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Tarde
Yubero Aponte Angel	Derecho Romano I Parte	Encarg. de Cátedra	Primero Notariado	Noche
Zacarías Michelagnoli Enrique	Derecho Mercantil I Parte	Asistente	Cuarto	Noche
Zacarías Michelagnoli Enrique	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche

Profesores Encargados de Cátedra Sección Caacupé

Alegre Antonio Isidro	D. Inter. Público	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Barriocanal Feltes Fernando	Derecho Romano II Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Bernal Casco Gerardo	D. De La Niñez Y La Adosl.	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Intr. Al Derecho	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
De León Miguel Angel	Derecho Del Trabajo	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Fernández Alicia	Derecho Político	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Huerta Delgado Felipe	Economía Política	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Llamas Francisco Daniel	Derecho Romano I Parte	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Llanes Torres Oscar	Lógica Jurídica	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Portillo Ortellado	Finanzas Publicas	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Rivas Laguardia Edgar	Derecho Civil (Personas)	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Rodríguez Kennedy Oscar	Derecho Penal II Parte	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Rolón Fernández Emiliano	Criminología	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Russo Cantero Carlos	D. De La Integración	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Sánchez Florentín Víctor	Derecho Civil (Cosas)	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Torres De Reyes Eulalia	Sociología	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Velázquez Olga Josefina	Derecho Romano I Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Villalba Mendieta Olga	Derecho Agrario	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche

Profesores Encargados de Cátedra Sección Quiindy

Arce Obregón Carlos	Finanzas Publicas	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Barrios Lucas	Sociología	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Coll Rodríguez Cesar	Derecho Romano II Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Couchonnal Carlos	D. De La Integración	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	D. Del Trabajo Y Seg.	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Fernández Alarcón Rafael	Derecho Político	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Franco Benítez Martín	Lógica Jurídica	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Fretes Víctor	Derecho Civil (Cosas)	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Gaona Franco Patricio	Derecho Penal II Parte	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche

González Ferreira Osvaldo	Derecho Civil (Personas)	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
González Petit Adolfo Paulo	Criminología	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Recalde Rodríguez Carmen	Economía Política	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Sánchez Cristóbal	Derecho Penal I Parte	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Sánchez Juan	Derecho Agrario	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Trovato Guillermo	D. De La Niñez Y La Adol.	Encarg. de Cátedra	Segundo	Noche
Varela Avalos Daniel	Intr. A Derecho	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche
Villalba Nery	D. Internacional Publico	Encarg. de Cátedra	Tercero	Noche
Yubero Aponte Angel	Derecho Romano I Parte	Encarg. de Cátedra	Primero	Noche

RESOLUCION Nº 569/2004

"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 diciembre de 2004.

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

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

Que el Consejo Directivo ha considerado el tema en sesión de fecha 21 de diciembre de 2004, Acta Nº 27/2004.

Por tanto, en uso de sus atribuciones

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

RESUELVE:

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

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

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 Universidad Nacional de Asunción.

Art. 3º. Comunicar y archivar.

Prof. Abog. ANGEL YUBERO APONTE
Secretario General

Prof. Dr. ANTONIO FRETES
Decano Interino

INDICE

EDITORIAL

LA UNIVERSIDAD ANTE EL SIGLO XXI 23

DOCTRINA

APROXIMACION AL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO 29

Por Ramón Silva Alonso

PRISIONEROS DE GUERRA, DE AYER Y DE HOY 39

Por Antonio Salum-Flecha

REGIMEN LEGAL DE FUSION, INTERVENCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES ASEGURADORAS 43

Por Luis Fernando Sosa Centurión

EL ARBITRAJE EN MATERIA TRIBUTARIA 59

Por Marco Antonio Elizeche

UNA APROXIMACION A LA HISTORIA DEL DERECHO PARAGUAYO 79

Juan Bautista Rivarola Paoli

LA SUPRANACIONALIDAD ANTE LA PROBLEMATICA DE LAS ASIMETRIAS CONSTITUCIONALES EN EL MERCOSUR 133

Por José Raúl Torres Kirmser

LITISCONSORCIO 143

Por Hernán Casco Pagano

BASES LEGALES PARA LA IMPOSICION DE LA PENA 149

Por Oscar Rodríguez Kennedy y Beatriz Olga Morán Avalos

LA CONSTITUCION DE 1844 161

Por Luis Lezcano Claude

EL DERECHO DE ASOCIACION Y LA COLEGIACION PROFESIONAL EN LA CONSTITUCION DE 1992 179

Jorge Seall-Sasiain

NECESIDAD DE UN GOBIERNO GLOBAL COMUNITARIO 187

Por Carlos Marcial Russo Cantero

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO 221

Por José Gaspar Gómez Fleytas

REGIMEN DEL BIEN DE FAMILIA EN LA REPUBLICA DEL PARAGUAY 227

Por Silvia Beatriz López Safi

EL BIEN DE FAMILIA COMO INSTITUCION CONSTITUCIONAL 233

Por Elodia Almirón Prujel

BIEN DE FAMILIA EN ARGENTINA. SUJETOS BENEFICIADOS. EL INTERES SUPERIOR FAMILIAR 239

Por Adriana María Warde y Alicia García de Solavagione

VIVIENDA PROTEGIDA 251

Por Norma H. Juanes y María Cristina Plovanich

EL BIEN DE FAMILIA Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE 255

Por Arnaldo Samuel Aguirre

JORNADAS DEL CENTRO DE DERECHO COMPARADO EN EL MERCOSUR 263

Por Arturo Yglesias

LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA EN LA PREPARACION DE LA ACCION EJECUTIVA Y SU PERSPECTIVA 265

Por Alexis M. Vallejos Mendoza

GERMAN BIDART CAMPOS: SU LEGADO INTELECTUAL Y ETICO 281

Por Ubaldo Centurión Morínigo

BIEN DE FAMILIA EN EL INMUEBLE QUE GENERA EL SUSTENTO DEL CONSTITUYENTE Y SU FAMILIA 299

Por Nélida Mariana Isabel Wallace

EN DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y DEL ESTADO DE DERECHO 313

Por Carlos Fayt

DERECHO Y CULTURA 333

Por Miguel Angel Ciuro Caldani

RESTRICCION EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 349

Por María Elodia Almirón Prujel

EL DERECHO AL PROCESO PENAL 363

Por Pedro Juan Bertolino

EL DERECHO NATURAL Y LAS VARIACIONES AXIOLOGICAS 377

Por Juan Carlos Smith

LA DIMENSION HUMANA, HUMANISTICA Y LIRICA
DE PABLO A. RAMELLA 385

Por Aldo Armando Cocca

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CULTURAL
DE LATINOAMERICA 393

Por Pedro J. Frias

LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUNCIADOS O NO ENUMERADOS EN EL CONSTITUCIONALISMO AMERICANO Y EN EL ARTICULO 29 C) DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS 415

Por Héctor Gros Espiell

LOS ORIGENES DE LA NOCION DE ACTO JURIDICO A TRAVES DE LA CONSTRUCCION DE UN SISTEMA JURIDICO 449

Por Alejandro Guzmán Brito

SUPUESTOS ANTROPOTEOLOGICOS EN LA TEORIA
DE LA CONSTITUCION 469

Por Pablo Lucas Verdú

XI ENCUENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO DEL MERCOSUR 509

Por Guillermo Trovato Fleitas

INFORMACIONES

CUADRO DE HONOR 521

NOMINA DE EGRESADOS 523

PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL. AÑO 2005 537

CALENDARIO ACADEMICO. AÑO LECTIVO 2005 550

RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL CONSEJO DIRECTIVO AÑOS 2001 A 2004 555

DICTAMENES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACION DE DERECHO PUBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA U.N.A. 579

DIRECCION DE ASISTENCIA LEGAL A PERSONAS DE ESCASOS RECURSOS .. 613

CURSO PROBATORIO DE ADMISION 619

FACULTAD DE DERECHO: INNOVACIONES PREVISTAS PARA EL AÑO 2005 632

CURSO DE DOCTORADO 634

LICENCIATURA EN CIENCIAS SOCIALES.
LICENCIATURA EN CIENCIAS POLITICAS 635

BIBLIOTECA CARLOS ANTONIO LOPEZ 639

EDITORIAL

LA UNIVERSIDAD ANTE EL SIGLO XXI

El Profesor Emérito de la Universidad de Córdoba, Argentina, Prof. Dr. Pedro J. Frías, ha reflexionado sobre la Universidad del Siglo XXI con su criterio siempre lúcido y brillante.

El auténtico maestro de firmes convicciones y larga trayectoria al servicio de la formación de la juventud latinoamericana ha escrito: "*La Universidad con el libro y la docencia debe preferir la interioridad para formar personas reflexivas, capaces de discernir*".

Ciertamente, se trata de formar jóvenes en cuyo espíritu se desarrolle el afán critico, eludiendo la repetición de textos de memoria, incentivando en la juventud el afán de pensar y de formarse su propia opinión sobre el mundo que vive.

El libro asume una importancia que merece ser enfatizada porque brinda a la juventud estudiosa el privilegio de dialogar con tiempos antiguos, a través de autores célebres.

La Universidad Nacional de Asunción tiene el compromiso ético con una tradición gloriosa que ha dado hombres ilustres a la Patria en el campo a la cultura jurídica y en el ámbito intelectual.

Escribe el profesor cordobés: "*La tradición es una innovación que ha triunfado*".

Es la tradición que invoca nuestra más que centenaria universidad que nació para dar brillo y fecundidad a los valores más genuinos de la intelectualidad paraguaya.

Agrega Pedro J. Frías: "*Si no se restablecen criterios de excelencia, la Universidad formará mandos medios con rol institucional decreciente*".

Ese fue el criterio defendido con énfasis y vehemencia por grandes profesores, enemigos frontales contra la mediocridad, que bregaron siempre por elevar la calidad de la docencia como un imperativo ético de una Universidad como la nuestra que ha puesto al servicio de la Nación a genuinos preceptores en el campo de las ciencias y de la cultura.

Agrega el ex integrante de la Corte Suprema de Justicia de su país y ex diplomático: "*Debe restablecerse la dignidad del profesorado, en* retribución e *infraestructura, porque representa a la sociedad para formar las nuevas generaciones.* ***Un profesor devaluado es imagen de una sociedad subestimada****"*.

Si bien es cierto que quien hace docencia lo hace por imperativo de una vocación eminentemente espiritual, no debe soslayarse el aspecto económico de ese quehacer fundamental la vida universitaria, razón por la cual debe abonarse al docente en sueldo digno en consonancia con sus altas responsabilidades.

Sigue diciendo el maestro con prestigio internacional: "Tres verbos definen el emplazamiento de los estudiantes en la Universidad: *madurar, confrontar, mediar*. Madurar es la aventura personal del que crece enriqueciéndose como hombre en el saber que ha elegido".

Confrontar no es promover luchas estériles sino fomentar la vocación dialógica del estudiantado para que a través de una discusión libre se sostengan las más diversas ideas que sirvan al progreso de la Universidad y que estén en consonancia con la atmósfera de pluralismo ideológico que reclama la activa construcción de la democracia.

Dice también el humanista destacado: "*Los estudiantes confrontan, porque es la actitud de una generación que llega a un mundo hecho con las inquietudes de un mundo por hacer. Si el protagonismo estudiantil crea tensión no debe encerrarse ni en una ascensión agresiva, ni en un rechazo desdeñoso ni en la exasperación de quien espera su turno*".

En verdad, no debe preocupar una juventud inquieta que busque un clima de constante innovación abierta a las nuevas ideas y al avance científico y tecnológico. "*Los jóvenes son la levadura moral de los pueblos", ha dicho José Ingenieros. Una mocedad que busca incesantemente el cambio no debe generar temores ni preocupaciones porque su espíritu innovador debe estar acompañado por su sentido de responsabilidad y prudente equilibrio.*

Bien afirma el pensador del país vecino, al referirse a la jerarquía en la Universidad, que "cuando sus dirigencias demuestran que la exigencia en el estudio, la rectitud en la conducta y el espíritu comunitario no sólo acompañan el hecho formativo, sino que le son intrínsecos".

La vida universitaria no puede reducirse al ámbito estrecho del egoísmo por lo cual, quienes se están formando en las aulas universitarias, deben comprender su compromiso irrevocable con el enriquecimiento del valor esencial de la solidaridad. Bien se ha sostenido que la Universidad no debe ser una torre de marfil. Por tanto, deben los estudiantes expandirse por todo el territorio nacional difundiendo sus conocimientos para el bien del pueblo y tratando de comprender las inquietudes profundas de los humildes que quieren acceder a mejores condiciones de vida, con seguridad, justicia y libertad. Con hombres mezquinos no se construye una sociedad mejor. El hombre dotado de amplios conocimientos científicos debe ser un positivo factor en la creación incesante del desarrollo obtenido sobre la base de la equidad.

Teresa de Calcuta decía: "Demasiada gente habla de los pobres, necesitamos gente que hable con los pobres". Es preciso que el estudiante universitario no se desentienda del medio social y contribuya a mejorar las condiciones de vida de todos los seres humanos invocando la causa irrenunciable del bien común.

Santo Tomás de Aquino definía al bien común "como estar todos juntos instalados en el bien", sin exclusiones, sin exilios económicos o culturales que entristezcan o depriman espiritual y moralmente a la sociedad.

La Universidad del siglo XXI debe formar profesionales aptos, moralmente intachables, socialmente educados para una convivencia civilizada al amparo de un efectivo Estado Social de Derecho que anteponga el interés general por sobre las meras apetencias personales o los duros y tenaces intereses sectoriales.

Máximo Pacheco habla con fe del rol al servicio de la comunidad de las universidades libres y esencialmente creadoras.

Todos quienes concurren a animar el vital quehacer universitario, deben trabajar con mística para enriquecer el acervo espiritual y cultural del país. Son signo de una lamentable decadencia tornar el rol docente en ocupación estéril por estar el profesor ligado a programas obsoletos sin apertura a las nuevas ideas que enriquecen el rumbo de la humanidad. Así como des-

alienta una juventud que renuncia al optimismo para entregarse a cometidos intrascendentes por obra de la abulia o la indiferencia incompatible con la inquieta vocación de saber más y más sobre la base del entusiasmo por la cultura y una sostenida y persistente voluntad de superación.

Estimulemos las vocaciones constructivas, la seriedad y constancia en la investigación científica, la sensibilidad para captar los hondos y legítimos reclamos de una vida mejor que alienta el pueblo y haremos una Universidad, no sólo a tono con las exigencias del Siglo XXI, sino también sensible al ideal nacional de una vida común más justa, más humana y más fraterna.

Doctrina

APROXIMACION AL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO

"Alterum non loedere..." (Ulpiano)

Por Ramón Silva Alonso (*)

I. INTRODUCCION

1. Se ha vuelto lugar común entre los autores que se ocupan del tema de la **responsabilidad civil** el señalar el extraordinario auge que el mismo ha cobrado en nuestros días (1).

En palabras de un gran maestro contemporáneo, de ser **la cenicienta del derecho** el tema de al **responsabilidad civil** ha pasado a ser la **gran vedette**, al punto de poder afirmarse que **la reparación de los daños** que los

---

(*) Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Miembro del Consejo de la Magistratura, Profesor de las Universidades Nacional y Católica. Miembro de la Comisión Nacional de Codificaron.

(1) Ver: los trabajos publicados en diversos lugares y momentos. Entre muchos otros que sería imposible mencionar por elementales razones de espacio, citamos a: Aguiar, Henoch D. Hechos y actos jurídicos, Actos ilícitos, 4 ts. Buenos Aires 1950; Peirano Facio, Jorge: Responsabilidad extracontractual, Montevideo 1954; Rodolfo Sacco: Actos ilícito y violación del derecho, in L.L. t. 107, p 1071; Lalou, Henri: Traité practique de la responsabilité civile, París 1962; Santos Briz, Jaime: Derecho de daños. Madrid, 1963. Bustamante Alsina, Jorge: Teoría General de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1973; López Olaciregui, J.M.: Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, Rev. Der. Com. y de las Obl., año 11, n. 61-66, Buenos Aires,

hombres ocasionamos a otros hombres es hoy **el tema más actual, más complejo, más urgente y más viviente del derecho** (2).

En realidad, la responsabilidad civil es una de las áreas del derecho que mayores desafíos planteba a la capacidad creadora de los juristas en estos últimos tres cuartos de siglo. El crecimiento cualitativo y cuantitativo de los accidentes en nuestros días, la toma de conciencia de que, de alguna manera, la sociedad entera se beneficia con los nuevos riesgos surgidos, como los provenientes de la electricidad, el maquinismo, la velocidad; el desarrollo de nuevas formas de organización social y económica, como la expansión de los seguros que permiten soluciones hasta el presente no imaginadas; la agudización de la percepción del principio de solidaridad humana (3), todo ha contribuido al replanteamiento de nuevas perspectivas y renovados enfoques a la materia de la responsabilidad.

1978. Orgaz, Raúl: El daño resarcible (actos ilícitos). 3ª. Edición. Buenos Aires, 1967; De Cupis, Adriano: El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Trad. Castell. Barcelona, 1975. Alterini, A.A: Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. 2ª. ed. Buenos Aires, 1974; Alterini, A. A. López Cabana: Derecho de daños y otros. Buenos Aires, 1992; Mazeaud et Tunc: Tratado de la responsabilidad civil. Trad. Castell. Buenos Aires, 1977. Mosset Iturraspe, J.: Responsabilidad por daños. 4 ts. Buenos Aires, 1979; Estrella Gutiérrez, Graciela Nora Messina de: La responsabilidad civil en la era tecnológica. Buenos Aires, 1989; Da Silva Pereira, Caio Mario: Responsabilidad civil. Río de Janeiro, 1998; De Lorenzo, M. F.: El daño injusto en la responsabilidad civil. Bs. As., 1996. Zannoni, E: El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, 1982; Estevil, L.P.: Derecho de daños. 2 ts. Barcelona, 1995. López Cabana y otros: La responsabilidad civil objetiva. Bs.As., 1995 de Trazegnies, Femando: La responsabilidad extracontractual. Lima, 1995. Jourdain, Patrice: Les principes de la responsabilité civil, Paris, 1998.

(2) Josserand, Louis: Préface a la obra de Brun, A.: Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle. Del mismo: Cours de droit civil positif français, t. II, n. 411, donde el autor expresa: “On a pu dire, sans exagération (Demolombe) que les articles 1382 et suivants contiennent le code de la sociabilité humaine...”, in Peirano Facio, Responsabilidad extracontractual, n. 3.

(3) Véase el apremiante llamado a la solidaridad humana formulado por el Santo Padre en Mensaje en el día del Trabajador del año 2000, frente a las corrientes hacia la globalización (Clarín, Buenos Aires, 2 de mayo).

Tales circunstancias colocan al hombre de derecho de hoy en la necesidad de escrutar con redoblada atención las normas de nuestros códigos y leyes. Y si esto es exacto de modo general para los diferentes cuerpos de leyes, lo es con más fuerza aún, si cabe, tratándose de códigos de reciente data, como ocurre con el Código Civil paraguayo, en vigencia desde apenas el 1º de enero de 1987.

A contribuir al estudio del tema en el Código Civil paraguayo se endereza el presente trabajo escrito atendiéndose a la generosa invitación formulada por los maestros que dirigen la Colección Jurídica "Instituciones de derecho privado", profesores Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Para ellos nuestro homenaje de reconocimiento por la tarea emprendida y por la generosa invitación a trabajar en la fraternidad común de luchar por el progreso del derecho.

II. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO

A. El Código Civil paraguayo

2. La vigencia del Código Civil paraguayo data del 1º de enero de 1987. Es sabido que el Paraguay había sido regido desde su descubrimiento en 1524, hasta su independencia, por la legislación española. Independiente en 1811, no logró reformar sino parcialmente la legislación hasta después de la guerra contra la Triple Alianza, concluida en 1870, época en la que se produce lo que se ha dado en llamar la **recepción del derecho argentino en el Paraguay**(4).

Parte de esa recepción fue la adopción, por ley de la República, del Código Civil elaborado para la Argentina por Dalmacio Vélez Sársfield, hecho que ocurre en 1877 hasta la entrada en vigencia del actual Código, es decir, durante ciento diez años.

El nuevo Código fue elaborado por la Comisión Nacional de Codificación sobre la base del Anteproyecto de Código Civil del eminente jurista paraguayo Luis De Gásperi, Miembro de la misma Comisión. El Anteproyecto está fundamentalmente inspirado en el Código Civil argentino y sus fuentes, el Código francés y sus comentaristas Aubry y Rau, el Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, para el Brasil, el Código Civil de Chile y el Código italia-

(4) Soler, J.J.: Introducción al Derecho paraguayo, parágr. 47. Edición Cultura Hispánica, Madrid, 1954.

no de 1942, en el que De Gásperi se ha apoyado para la unificación de las obligaciones civiles y comerciales que se lleva a cabo en el mismo Código. La Comisión trabajó sobre este Anteproyecto aproximadamente durante unos veinte años, actualizando la obra de De Gásperi, incorporando innovaciones llevadas a cabo en la Argentina como las de la Reforma de Borda de 1968, que respondían a insistentes reclamos en el país de origen del Código (5). Convertido en Proyecto, en 1985 fue enviado por segunda vez al Congreso, el cual lo aprobó en diciembre del mismo año, estableciendo su vigencia para el 1º de enero de 1987.

B. El Sistema del Código

3. El actual Código Civil paraguayo conserva fundamentalmente la metodología del Código de Vélez Sársfield. Se compone de un Título preliminar y cinco libros, a saber, el libro 1º, que se ocupa de las Personas y de la familia; el libro 2º, que trata de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones en general; el libro 3º, que alude a los contratos y otras fuentes de obligaciones; el libro 4º, que se refiere a los derechos reales, y el libro 5º, que trata de las sucesiones.

4. Este Código, al igual que el francés, el argentino y muchos otros códigos, regula separadamente la responsabilidad que emerge del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) de la que deriva de otra clase de hechos (responsabilidad extracontractual). A la primera categoría consagra los Arts. 420 y ss. (en el libro II), y a la segunda categoría, los Arts. 1833 y ss. (en el libro III del Código).

En realidad ha sido tradicional separar el estudio de los dos órdenes de responsabilidades. Ello tiene su origen en el propio Código francés donde la responsabilidad contractual está reglamentada en la materia de contratos (Arts. 1146 a 1150) y la responsabilidad extracontractual (delictual y cuasidelictual) es objeto de otras disposiciones (Arts. 1362 a 1386).

La doctrina francesa, de modo similar a otras inspiradas en ella, se ha sometido a tal esquema legislativo formulando la exposición de la materia y separando los dos tipos de responsabilidad (6).

(5) Borda, Guillermo: La Reforma de 1968 al Código Civil. Introducción. Buenos Aires, 1968.

(6) Mazeaud — Tunc: Tratado de la responsabilidad civil delictual y contractual. Trad. Castell. Buenos Aires, 1997.

La enseñanza clásica ha distinguido la culpa contractual de la culpa extracontractual. Se ha dicho que la primera supone una obligación preexistente, formada por la convención de las partes, en tanto que la culpa extracontractual supone la violación de un deber general de no dañar, **neminem loedere.**

Se ha sostenido también que si la culpa puede definirse como la **violación de una obligación preexistente, sea** convencional, sea legal, de **todos modos ha de reconocerse la unidad de la culpa civil, y en** consecuencia que la culpa es siempre la causa o fuente de la obligación de reparar el daño

En ese sentido los pandectistas alemanes del siglo XIX se orientaron hacia la unificación del conjunto de normas que conforma una teoría general del resarcimiento. Este criterio ha sido seguido por el Código Civil alemán (B.G.B.) que contiene una serie de disposiciones generales sobre el resarcimiento (parágr. 249 y ss.), junto a otras particulares sobre responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento (parágr. 276 y ss.) y sobre supuestos de daños al margen de cualquier contrato (parágr. 823 y ss.) (7).

En nuestros días se reconoce el carácter unitario de la responsabilidad civil. En él el concepto de interés y de daño es único y, aunque se diversifica el tratamiento de las responsabilidades contractual y extracontractual, ello no menoscaba la existencia de una doctrina general común (8).

En la República Argentina se ha afirmado que la culpa es una noción unívoca (9), vinculada a dos regímenes diferentes según que la conducta se refiera a una obligación preexistente o bien que se refiera a una conducta reprochable que ocasione daño a un extraño con quien el agente no tenía ningún vínculo anterior. Que lo que señala a la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual o fuera de él no es la fuente de la obligación violada sino el carácter de ella. Si el deber preexistente es específico y determinado en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera sea

(7) V. Nuestro libro: Derecho de las obligaciones en el Código Civil paraguayo, nºs. 94, 95, 96. Asunción, 1996.

(8) V. De Cupis, Adriano: El daño. Introd. Trad. Castell., Barcelona, 1975; Bustamante Alsina: In: Perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo. In: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a A.A. Alterini. Buenos Aires, 1997.

(9) Jorge Joaquín Llambías: Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. III, nº 2172. Buenos Aires, 1983.

la fuente, la obligación es contractual. Si el deber es genérico e indeterminado en cuanto a ese deber de no dañar la responsabilidad, es extracontractual.

5. La **responsabilidad por daños** está legislada en el **libro III** del Código Civil **(De los contratos y otras fuentes de obligaciones**).

El Artículo 1833 contiene el sentido general que gobierna la materia. El mismo establece: "El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente".

El precepto consta de dos partes. Según la primera, incurre en responsabilidad el que ejecuta un acto ilícito (y causa daño con su acto, por supuesto).

De conformidad con la segunda, se incurre igualmente en responsabilidad, aun cuando no mediare culpa, en los casos en que la ley, directa o indirectamente, así lo dispusiere.

Así, pues, la responsabilidad surge de la culpa, pero al mismo tiempo de hechos producidos sin ella, previstos en la normativa legal, directa o indirectamente.

De acuerdo con lo que se viene diciendo, el párrafo primero del Artículo 1833 supone los siguientes supuestos para la existencia de responsabilidad:

a) Un **daño** causado a un sujeto de derecho;

b) la **antijuridicidad**, constituida por una conducta transgresora o ilicitud;

c) la **imputabilidad**, dolo o culpa en el agente;

d) la **relación de causalidad** entre el hecho del agente y el daño producido.

Sin la presencia de estos presupuestos, no es posible hablar de ilicitud en el acto. El párrafo segundo del artículo 1833 instituye la responsabilidad al margen de la existencia de culpa del agente del daño remitiéndose a las hipótesis de la existencia de otros factores atributivos de responsabilidad por obra de la ley.

6. El Código agrupa en tres capítulos la responsabilidad: a) por **hecho propio; b)** por **hecho ajeno y c)** la **responsabilidad sin culpa.**

Resulta objetable la metodología con que el Código trata la materia. Así, pareciera que al consagrar el capítulo III de este título la **responsabilidad sin culpa,** el legislador estuviera suponiendo que en los dos primeros, necesariamente, se tratará de hipótesis de responsabilidad mediando culpa. La verdad es que no es así. En el capítulo II consagrado a la **responsabilidad por hecho ajeno** se dan supuestos de hechos cometidos sin culpa.

En el capítulo referente a **responsabilidad por hecho propio** el principio dominante se halla, como se ha dicho antes, en el Artículo 1833, párrafo 1º, según el cual el que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño causado.

El precepto es trasunto del Artículo 1109 del Código Civil argentino, según el cual: **"***Todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo*", disposición que resulta ser, a su vez, un trasiego del Artículo 1382 del Código de Napoleón: **"***Tout fait quelconque de l' homme qui cause un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrevé***".**

En este capítulo se caracteriza el *acto ilícito* (Art. 1834) y se define el daño, expresándose que él existirá siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades o en las cosas de su dominio o posesión (Art. 1835).

Como se advierte, la caracterización comprende cualquier lesión no sólo a su persona o patrimonio, sino también a los bienes espirituales o morales, lo que se ha dado en llamar los **derechos de la personalidad** (10).

Igualmente se establece la **extensión del resarcimiento** (Art. 1835).

Según la ley, **ella se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito** (Art. 1835, párrafo 2º).

7. En lo referente a responsabilidad por hecho ajeno, el Código establece principios fundamentales (Arts. 98 y 1842 a 1845).

---

(10) V.: Diez Picasso, Luis y Gullon, Antonio: Sistema del Derecho Civil, vol. I, n. 24. Madrid, 1990.

El **principio fundamental** es el de la **responsabilidad del principal**. El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia de otro o con su autorización, compromete también la responsabilidad de éste (Art. 1842). Es el **principio de garantía.**

Las personas jurídicas responden de los daños causados por sus órganos, por acción u omisión, cuando los hechos hubiesen sido ejecutados en ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Responden igualmente por los actos de sus dependientes y las cosas de que se sirven. En relación a la persona jurídica los actos responsabilizan personalmente a sus autores.

En principio, los padres, tutores, curadores, directores de colegios y artesanos responden por los actos de sus hijos menores, incapaces, alumnos y aprendices, mientras permanezcan bajo su guarda (Art. 1843, 1er. párrafo).

Dejan ellos de responder en caso de demostrar que no han podido prevenir el daño e igualmente cuando los incapaces hubiesen sido puestos bajo la autoridad de otra persona.

En el caso de daños causados por personas sin discernimiento, si el perjudicado no pudiere obtener la reparación de quien las tiene bajo su cuidado los jueces pueden condenar al agente de los daños a una indemnización equitativa, teniendo en cuenta la situación económica de las partes (Art. 1850). Es el caso de indemnización por **razones de equidad**.

8. En lo referente a *responsabilidad sin culpa*, el Código establece: **"***El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas o por los medios empleados, responde por los daños causados, salvo que pruebe fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el que no debía responder***".**

Es la sanción de la responsabilidad por **riesgo** a que antes aludimos**.**

Dentro de la misma idea, el Código alude a la responsabilidad **del dueño o guardián de la cosa,** el cual responde por los daños causados **por ella** o **con ella,** salvo prueba de que de su parte no hubo culpa. O que la cosa fue usada contra su voluntad (Art. 1847, párrafo 2º). En caso de daño por vicio o riesgo inherente a la cosa, sólo se eximirá justificando culpa de la víctima o de un tercero (Art. 1847, párrafo 1º).

Son también responsables por los daños que causen (Arts. 1851, 1853, 1854):

a) el que habita una casa o parte de ella, por los objetos desprendidos de la misma o arrojados a un lugar indebido;

b) el propietario de un animal o el que se sirve de él, estando bajo su custodia o habiendo escapado, salvo caso fortuito, culpa de la víctima o de tercero;

c) el propietario o guardián de un animal feroz, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño.

En relación al factor **ejercicio abusivo de los derechos**, el Código dispone en el Artículo 372 que ese ejercicio abusivo no está amparado por la ley y que compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea con intención de dañar, aunque no obtenga ventaja, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocer los derechos.

9. De lo dicho hasta aquí es posible esbozar los aspectos generales del sistema de la responsabilidad en el Código paraguayo.

El Código ofrece una versión actualizada del tema de la responsabilidad civil.

De sobra sabido es que uno de los cambios más importantes sufridos por la cuestión de la responsabilidad es la transición del principio del **acto ilícito** al del **hecho dañoso.**

La doctrina tradicional había elaborado la materia sobre la base de la **sanción** del ilícito culposo. En esa visión el fenómeno resarcitorio consistió en una construcción fundada en el comportamiento del agente del hecho culposo sin tener mayormente presente al otro sujeto de la relación, la víctima(11).

En los últimos años la noción del daño absorbió, en un proceso revolucionario, todo el protagonismo que hasta no hace mucho se presentaba en

(11) vide, especialmente: López Olaciregui: Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, n. 3, donde se afirma: La idea del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito sino la del acto dañoso. In: Rev. del der. com y de las obligaciones, 1978, 11-64, ps. 941 y ss.

otros aspectos o elementos de la responsabilidad. En este orden **el daño sufrido** pasó a constituirse en el fundamento y el lógico **prius de** la responsabilidad(12).

La preocupación por la protección de la víctima del daño resulta patente en el nuevo cuerpo legal, aunque, forzoso es decirlo, existen aspectos de la antigua concepción subjetiva de la responsabilidad civil que aún siguen presentes en algunas de sus disposiciones. No es éste el espacio para señalarlos.

Por lo dicho, a una mayor depuración de la idea objetiva del responder deberían encaminarse los esfuerzos de los juristas de este país en pos de un mayor sentido de solidaridad y justicia entre los hombres.

(12) De Lorenzo, Biguel Federico: El daño injusto en la responsabilidad civil, cap. I, 1. Buenos Aires, 1996.

PRISIONEROS DE GUERRA, DE AYER Y DE HOY

Por Antonio Salum-Flecha (*)

El Paraguay, protagonista de dos guerras internacionales durante los siglos XIX y XX respectivamente, ha demostrado desde entonces particular interés por el tratamiento que corresponde a los prisioneros de guerra y, por ende, siempre receptivo para adherirse a acuerdos internacionales alusivos que se suscribieron a partir de 1906 para mejorar su suerte. No sólo por razones humanitarias sino por lo acontecido a los prisioneros paraguayos que fueron capturados durante la Guerra de la Triple Alianza (1864-70), algunos de los cuales fueron atrozmente torturados y vilmente ejecutados por la inexistencia entonces de organismos internacionales para vigilar y evitar el exceso de sus captores.

Al rememorar cronológicamente en esta ocasión algunos de dichos episodios sólo a título de ilustración, podría quizá ayudar a la mejor comprensión del Paraguay en materia tan sensible, no con ánimo de reabrir heridas ya cicatrizadas, sino para que casos similares no vuelvan a repetirse por las secuelas que dejan y los actos de venganza que como hongos venenosos brotan en los países que lo padecieron.

Desencadenada la guerra de 1864-70, el 18 de setiembre de 1865 se produjo inopinadamente la rendición de la columna paraguaya comandada por el Tcnel. Estigarribia con 59 oficiales y suboficiales al frente de 5.544 soldados que habían ocupado Uruguayana. Cercados poco después por 40.000 soldados aliados, fueron hechos prisioneros y obligados posteriormente a empuñar las armas contra su propio país. Razón por la que los que lograron fugarse, retornaron al ejército nacional.

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

El 1 de agosto de 1868, diez canoas paraguayas de timbó pudieron romper el bloqueo aliado de la Laguna Verá con una parte de la guarnición que desalojó la fortaleza de Humaitá. Al intentarlo una vez más otro grupo el día 3, la mayoría de ellos heridos o enfermos, tuvieron que replegarse a sus posiciones en el bosque de Isla Poí, donde permanecieron sin comer seis días y ya con escasa munición para sus pesados fusiles de chispa.

Al día siguiente, dos veces se aproximaron a sus líneas parlamentarios aliados ofreciéndoseles una capitulación honrosa. No era una intimación sino un pedido inspirado en razones humanitarias, pues no tenían municiones y era incesante y mortífero el bombardeo que sufrían. Su comandante, el coronel Martínez, que tampoco había probado bocado, apenas podía mantenerse de pie pero seguía firme. Finalmente, un sacerdote parlamentario, con una cruz en la mano, logró que aceptara la capitulación de sus heroicos soldados. Los brasileños presentaron sus armas al paso de los agonizantes defensores de Humaitá y luego se desvivieron por socorrerlos. El coronel Martínez fue aclamado como héroe y el marqués de Caxías declaró ante él "que consideraba al soldado paraguayo como el mejor de América del Sud"; y el general argentino Gelly y Obes dijo: "Lo que hacen los paraguayos no es fácil que lo hagan en el mundo, al menos con la frecuencia y facilidad de ellos".

Evidente fue que los vencedores en ese momento se conmovieron y demostraron nobleza de espíritu al reconocer el heroísmo de sus prisioneros. Infortunadamente, como la capitulación garantizaba que serían tratados como hombres libres y no se les obligaría a empuñar las armas contra su país, volvieron a repetirse los horrores de Uruguayana. Según "El Mercantil" de Montevideo, la mayoría de los oficiales fueron internados por la fuerza al Brasil y varios soldados expedidos por el marqués de Caxías como "bestias de carga".

En 1869, poco antes del desembarco aliado en Asunción el 1 de enero, Luque fue designada como capital provisional y tan pronto como ella estuvo también amenazada, fue trasladada a Piribebuy, cuya guarnición de 1.500 adolescentes sucumbió el 12 de agosto de 1869 tras la tercera carga brasileña comandada por el general Menna Barreto, amigo íntimo del conde D'Eu, que cayó mortalmente herido por una bala de fusil en la ingle. En la acción fueron heridos el comandante de la guarnición Tcnel. Caballero, el mayor (maestro Fermín) López y el jefe político Patricio Marecos, entre otros. Cuando el primero y el tercero fueron conducidos hasta el conde D'Eu, se le acercó un oficial que venía del tercer asalto para comunicarle la muerte del general Menna Barreto. Sorprendido éste, con expresión colérica y señalando a Caballero y Marecos, ordenó sin vacilar: "Degüellen a esos, tienen la culpa ".

Inmediatamente Caballero fue acostado sobre un montón de mochillas y atándosele de pies y manos a las ruedas de dos cañones, fue estirado hasta quedar suspendido en el aire. Seguidamente, tras intimársele rendición, les respondió que prefería morir. Entonces, azotado primero hasta quedar desvanecido, fue degollado frente a su esposa, también prisionera, quien recogió el cuerpo lacerado y la cabeza cercenada del infortunado. Encontrado poco después herido en el corredor de la iglesia el mayor López, también fue degollado en el acto. Y según el coronel Juan Crisóstomo Centurión, mientras arreciaba todavía el bombardeo aliado a pesar de no existir ya nadie de pie, imprevistamente aparecieron debajo de la tierra centenares de madres que habían presenciado la agonía de sus hijos... embistiendo contra los agresores armadas de botellas vacías, de pedazos de vidrio, de sus uñas y de sus dientes. Al terminar el desigual duelo, las heroínas de Piribebuy fueron casi todas exterminadas y las que sobrevivieron fueron llevadas ante el conde D'Eu pero sólo para presenciar el sacrificio de sus compañeros, el degüello de los heridos y el incendio del hospital repleto de enfermos, quizá el hecho más repudiable de esta guerra".

El 16 de agosto, cerca de Acosta Ñu, el general Bernardino Caballero, al mando de 3.000 niños menores de 14 años, tocados con barbas postizas, rechazaron repetidas cargas de caballería brasileña comandada por el general Cámara, parte de un ejército de 20.000 hombres. Empero, después de ocho horas de tenaz resistencia, sufrieron el inevitable desbande y aniquilamiento por lo que los brasileños prendieron fuego al campo de batalla, donde los niños-soldados, entre el chisporroteo de las llamas, se abrazaron a los heridos mientras ardían los cadáveres como ofrendas funerarias de un heroísmo tan sublime como estéril.

Los principales forjadores de una doctrina fundamentalista humanitaria fueron Jean Jacques Rousseau y Emer de Vattel, cuya evolución se concretó finalmente en 1862 cuando el suizo Henry Dunant publicó lo que había visto en 1859 en el campo de Solferino de Lombardía donde tropas francesas y sardas lograron una victoria contra los austríacos, naciendo así la Cruz Roja. El gobierno suizo convocó una conferencia cuyo resultado fue la firma del convenio el 22 de agosto de 1864 para mejorar la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña. Otros convenios importantes se firmaron sucesivamente en 1906, 1907, 1929, 1949 y 1977.

Lamentablemente, en pleno siglo XXI continúan produciéndose hechos de tortura y vejación como lo acontecido en la prisión bagdadí de Abu Ghraib en Irak, en Afganistán y en el reducto estadounidense de Guantánamo en Cuba,

entre otros, que esta vez merecieron la condena mundial. Pero, ¿serán acaso éstos los últimos? ¿Servirá ahora para detenerlos la Corte Penal Internacional creada por el Tratado de Roma de 1989?

REGIMEN LEGAL DE FUSION, INTERVENCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES ASEGURADORAS

Por Luis Fernando Sosa Centurión (*)

FUSION: (Arts. 36 al 42 de la Ley Nº 827/96). **TRANSFORMACION DE SOCIEDADES**: Libro III. Título II. Capitulo XI – Sección VIII del Código Civil.

El Art. 36 de la Ley 827/96 establece la posibilidad de que las aseguradoras se fusionen. Se conocen los tipos o modalidades, a saber: 1) FUSION POR ABSORCION, consiste en que una aseguradora absorba la operatoria de otra, y 2) FUSION con creación de una nueva entidad. En este último caso, la nueva entidad en carácter de sociedad anónima debe cumplir con todos los requisitos legales del Código Civil y posterior habilitación por la Ley 827/96, sería la disolución, sin liquidación, de dos o más entidades a los efectos de formar una nueva (Arts. 1186 al 1195, y conc. Arts. 1091 y 1092 del Código Civil).

Para garantizarse la defensa de los derechos de los asegurados, es inevitable considerar la cesión o transferencia de cartera (Art. 41). No obstante, la cesión o transferencia de cartera, esencialmente es distinta de la institución jurídica denominada "fusión". Bien dice el Art. 36, que se transfieren los derechos y obligaciones (dentro de lo que están, los originados de los contratos de seguros celebrados por la entidad otorgante). Es aplicable el Art. 41 de la Ley 827/96, cuyo efecto es el sistema de "oposiciones".

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

Las empresas a fusionarse deben indicar si existen socios que ejerzan el "derecho de receso" y capital que representan; como la nómina de acreedores oponentes y monto de sus créditos, aclarándose si no existe oposición (Art. 1193 inc. c).

La representación legal de la nueva sociedad (absorbente) representará a las disueltas, con la responsabilidad de los liquidadores, sin perjuicio de la propia. Todo pacto de reserva, sobre reclamos que pudieran surgir, debe definirse a quienes correspondiera su cumplimiento, hasta que no sean cumplidas la publicaciones (no es oponible a terceros). Los efectos de la oposición exigen que no pueda realizarse la fusión, hasta que no sean pagadas o debidamente garantizadas las deudas (Art. 1193 inc. b), del Código Civil).

Procedimiento: Art. 1080 inc. c) – CCP, aprobándose la fusión (transformación). Luego la PUBLICACION del compromiso de fusión para oposición de terceros. Derecho de oposición que asiste a los beneficiarios de las obligaciones. La determinación del acuerdo de fusión, aprobado por la ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, contará con los cortes contables, balances, de acuerdo a la Ley Nº 2421/04. Asimismo, deberá establecerse:

— Determinación del o los responsables, para la tramitación ante la Dirección General de Registros Públicos (Poder Judicial) – Registro de Sociedades para la anotación de cada una, especialmente de la persona jurídica absorbida.

— Fijación de nueva fecha de ASAMBLEA para continuación, a fin de la aprobación de nuevos estatutos sociales.

— La nueva sociedad / sociedad absorbente, deberá asumir la representación legal por la personalidad jurídica de las empresas y a los fines futuros.

— La sociedad absorbente debe cumplir responsablemente las disposiciones inherentes al aumento de capital y de carácter tributario.

— Determinación de accionistas que firmarán el acta y representantes legales para ejercer el mandato y tramitación ante la Superintendencia de Seguros, de la fusión y autorización de la nueva sociedad (Ley 827/96). La sociedad absorbente, por el Art. 1192 in-fine del C.C.P., convertida en titular de derechos y obligaciones, deberá comunicar a la Superintendencia de Seguros / B.C.P., para la toma de razón en sus registros, de la extinción de la

sociedad absorbida. Resolución SS.RG. Nº 12/02 (al final de la monografía se anexa la Resolución SS.RG. Nº 12/02).

Intervención

La Intervención por la Superintendencia de Seguros a una aseguradora debe ir precedida de un sumario administrativo, y debidamente argumentada en resolución la causa que dio origen, la cual cesará cuando las "causas" desaparezcan.

La actuación de los interventores será desarrollada para regularizar los motivos de la intervención y serán funcionarios de la Autoridad de Control los responsables por los actos que realicen en uso de sus facultades legales. La empresa intervenida debe designar un representante, para tomar conocimiento de los actos realizados y que sean esenciales para continuar funcionando la Sociedad Anónima. La tarea de liquidación puede tener consecuencias de acciones por Rendición de Cuentas y Responsabilidad Civil y/o Penal, en contra de la Autoridad de Control y de los interventores.

Procedimientos para aplicarse en una Intervención.

Actos Inmediatos:

— Acta en Escritura Pública con efecto de inventario sobre responsabilidad de Administración. Incluir:

- Resolución de la Superintendencia de Seguros.
- Balance diario a la fecha del día anterior, de corte.
- Señalar que la existencia física de los bienes expresados en el Balance estará sujeta al inventario general, para su verificación (debe realizarse).
- Designación de un representante / síndico ante la intervención de la entidad.

– Acatamiento por parte de los directores de la aseguradora, de la Resolución de la Superintendencia de Seguros.

– Entrega de los siguientes libros: Actas de Directorio, Registro de Acciones, Registro de Accionistas en Asambleas señalando las páginas utilizadas.

– Solicitar oficinas a los Directores y otros documentos de la entidad obrantes en su poder y archivo.

– Solicitar apoyo de la Policía Nacional para resguardo de la entidad (ante posibles actos de violencia de terceras personas, clientes, etc.), o disponer otro tipo de seguridad.

Bloquear / suspender:

- Sistema informático (verificación de back up), cambiar el password de los operadores y responsabilizar al Gerente de informática del manejo de los mismos.

- Uso de tarjetas (crédito/débito), cajeros automáticos. Remitir comunicación respectiva (Bancard, Procard, Infonet).

- Apertura de cajas de seguridad (solicitar llaves).

- Operaciones con corresponsales (pagos de cheques, transferencia, débitos). Remitir comunicación respectiva.

- Operaciones de Sucursales y Agencias. Remitir comunicación la intervención.

— Remisión de télex, uso de sistemas informáticos con corresponsales (Sistema Swift) o cualquier otra comunicación con el exterior, sin autorización de la intervención.

Actos prioritarios

— Reunión registrada en acta, con Gerentes de la Entidad, Encargados de Agencias y otros. Informar a los mismos de las causas y alcance de la Intervención. Solicitar colaboración y una actitud leal con la Institución. Comunicarlas que todas las operaciones requerirán de autorización de los interventores.

— Dejar sin efecto el registro de firmas vigente de la Entidad intervenida. Establecer un nuevo Registro de Firmas (clase especial), para operar con las clases A, B, C (si fuese necesario).

— Solicitar cartillas de cables telegráficos, inventariar todos con o sin uso, incluyendo los datos más relevantes (nombre del banco, inicio de operaciones, fecha de último mensaje –recibido y remitido–, etc.).

— Efectuar arqueo general de valores en Casa Matriz. El arqueo en Sucursales y Agencias queda bajo la responsabilidad de los Gerentes y/o Encargados de Agencias.

— Habilitar las cuentas operativas con bancos y otras instituciones, sustituyéndose los registros de firmas.

— Impartir instrucciones escritas al Jefe o Encargado de Seguridad inherentes a la vigilancia y control de los bienes, muebles, útiles, documentos y el sistema o autorización de acceso a la entidad.

— Recuperar los aparatos, equipos de comunicación, vehículos y otros bienes pertenecientes a la entidad intervenida en poder de funcionarios responsables de la administración.

Actos posteriores

— Analizar el alcance de la resolución de la Superintendencia de Seguros, facultades, operaciones autorizadas a realizar, disposición de bienes adjudicados, etc.

— Solicitar informe al Asesor Jurídico de la sociedad intervenida, sobre:

- Lista de abogados o asesores externos.
- Juicios o demandas contra la entidad.
- Situación de todos los créditos en gestión de cobro judicial.
- Otros temas legales.

— Cambiar combinaciones de las cajas de seguridad (bóvedas).

— Efectuar corte de los distintos documentos y formularios prenumerados.

— Solicitar al contador:

· Balance con Inventario General.

· Conciliaciones bancarias actualizadas de todas las cuentas (Bancos del país, Corresponsales, etc.).

· Detalle de préstamos contraídos por la entidad, compromiso o aceptación de operaciones de créditos (local, internacional), listado de documentos dados en garantía.

· Seguros contratados y su cobertura (Integral Bancario, incendio, vehículos, etc.).

· Informe sobre costos (anuales, mensuales, etc.). Resumen de gastos.

— Solicitar los servicios profesionales de peritos tasadores, para la valuación de inmuebles que ofrecen los deudores en dación de pago o constitución de garantía hipotecaria.

— Verificación física del inventario general y confirmación de los obrantes en poder de terceros (documentos y otros valores en garantías).

— Comunicar a todas las entidades con las que opera la aseguradora, la resolución de la Superintendencia de Seguros que dispone la intervención.

— Instruir al Gerente de Operaciones sobre los niveles mínimos de efectivo en Casa Matriz y Sucursales.

— Análisis de los contratos vigentes, en general. Informe de situación.

— Nómina de funcionarios, remuneración, cargo, antigüedad, situación de seguridad social, etc.

— Lista de empresas y/o personas vinculadas, operaciones vigentes, cartera vencida.

— Control de correspondencia, notas, télex, recibidas y remitidas. Pedir a secretaría.

— Establecer criterios escritos uniformes para el pago de honorarios a abogados por gestiones judiciales de cobro.

— Análisis de erogaciones, fijar pautas o niveles de autorizaciones para los gastos.

— Plan de cuentas, registraciones contables (Casa Matriz, Sucursales y Agencias), emisión de balances.

— Emitir comunicado a los clientes y a la opinión pública en general.

— Todas las medidas inherentes a la fiscalización / control de los bienes inmuebles, muebles, útiles, documentos y el sistema o autorización de acceso a la entidad.

— Recuperar los aparatos, equipos de comunicación, vehículos y otros bienes pertenecientes a la entidad intervenida en poder de funcionarios responsables de la administración.

Disolución – Liquidación de Aseguradoras / Revocación de autorización para funcionar.

Por la Ley 827/96, una empresa aseguradora (reaseguro) debe constituirse como Sociedad Anónima. Este tipo de persona jurídica mercantil debe establecerse conforme al Código Civil Paraguayo.

Los agentes corredores de seguros o reaseguros pueden constituirse en personas jurídicas que no sean sociedad anónima. En este caso, la representación legal debe recaer a los fines de administración en una persona física autorizada por la Superintendencia de Seguros, como agente de seguros.

Disolución voluntaria

Los accionistas de una sociedad anónima tienen el derecho de disolverla anticipadamente, mediante decisión de la Asamblea extraordinaria – Art. 1080 inc. c) del C.C. / imposibilidad de cumplir el objeto social (?).

La resolución de la Asamblea extraordinaria debe ser anterior a la decisión de la Autoridad de Control, la que revocará la autorización para operar como aseguradora. La condición para la viabilidad de la liquidación voluntaria es la solvencia patrimonial de la razón social (Véase: Arts. 43 al 47 de la Ley 827/96).

Liquidación

La ley vigente en materia de Seguros considera la "VOLUNTARIA" y la "FORZOSA".

A la llamada voluntaria (Arts. 44 al 47 – Ley 827/96), puede accederse solicitando a la Superintendencia de Seguros la autorización correspondiente para proceder a su liquidación voluntaria, con excepción en "aquellas que tengan contratos de seguros cuyas obligaciones consistan en el pago de prestaciones periódicas futuras y mientras subsistan dichas obligaciones emanadas de sus contratos".

Ello implica la presentación del "acuerdo adoptado por las autoridades competentes de la empresa" (decisión de la Asamblea Extraordinaria en base al requerimiento de su órgano Directivo / Directorio). Se debe acompañar un estado de situación económica / contable y el proyecto de liquidación.

La Autoridad de Control, concedida la autorización, designará un funcionario de la Superintendencia de Seguros, para supervisar "bajo su responsabilidad, la situación del o de los liquidadores nombrados por la empresa en liquidación".

No pueden solicitar ni pueden ser autorizadas para las liquidaciones voluntarias las empresas intervenidas, en liquidación forzosa o tengan convocatoria de acreedores, o quiebra.

Concedida la autorización para la liquidación voluntaria, será publicada obligatoriamente por la empresa en liquidación con suficiente destaque "en uno de los diarios de mayor circulación de la capital, por el término de quince días".

Posteriormente (concluida la liquidación), la Autoridad de Control solicitará el retiro de la personería jurídica, si se trata de una empresa nacional, o revocará la autorización para operar en el país, si se trata de una sucursal de empresa extranjera.

Disposiciones legales vigentes

Ley Nº 827/96 de Seguros, promulgada el 12 de febrero de 1996.

Código Civil – Ley Nº 1183/85, promulgada el 23 de diciembre de 1985.

Ley Nº 154 del 13 del diciembre de 1969 "Que sanciona la Ley de Quiebras".

Situaciones posibles para la revocación de la autorización para funcionar como asegurador.

1) No haber iniciado el asegurador sus operaciones.

2) Pérdida de capital mínimo. No funciona conforme a los Estatutos Sociales y condiciones de la autorización (Art. 1003 incs. b) y c) del Código Civil).

3) No poder cumplir con el objeto de su creación social (Art. 1003 inc. f) del Código Civil), causas previstas en sus estatutos.

4) La casa matriz de una sociedad extranjera dispone disolución / liquidación (sucursal – agencia).

5) Liquidación conforme a la Ley Nº 827/96.

6) Fusión – Resolución SS.RG. Nº 12/02.

En los casos de pérdida del capital mínimo, se aplicará el Art. 35 de la Ley 827/96. La vigilancia de la Superintendencia de Seguros comprenderá el patrimonio propio de la empresa de seguros en relación al exigido por el margen de solvencia. Cuando la pérdida parcial alcance el 30 % del patrimonio propio exigido por el margen de solvencia, la Superintendencia de Seguros deberá disponer la suspensión de la emisión de pólizas, hasta que sea reintegrado el mismo, en un plazo que no podrá exceder de 180 días corridos. Concluido este plazo sin que la aseguradora dé cumplimiento a la restitución del patrimonio propio, la Superintendencia de Seguros retirará la autorización para operar.

La Autoridad de Control puede dictar medidas cautelares y los recursos administrativos ejercidos han sido considerados que no constituyen sanción,

y por ende sin efecto suspensivo (Resolución Nº 17/96 SIS/BCP, A.I. Nº 600 del 8 de mayo del 2000 – Expediente "Intercontinental de Seguros y Reaseguros S.A. c/ Resolución SS.RP. Nº 96/97 del 20 de abril de 1997 de la Superintendencia de Seguros y Resolución ficta del Directorio del Banco Central del Paraguay). Aplicación del Art. 35 – Ley 827/96.

Liquidación Forzosa. Arts. 48 al 55 de la Ley Nº 827/96 de Seguros

La misma se establece conforme al Art. 48 de la precitada ley, que dice: "*… Las empresas de seguros no podrán solicitar su convocatoria de acreedores ni su quiebra...*", estableciendo en su lugar el procedimiento de liquidación forzosa, a través del Juez de la quiebra (Poder Judicial).

La insolvencia requerida, evidentemente en la Ley 827/96 no significa la "impotencia absoluta" del patrimonio de la aseguradora para responder con sus compromisos, sino la pérdida parcial del patrimonio propio no comprometido de la empresa superior al 30 %, cuando hubieren vencido los plazos para reintegrar (Art. 35). En ambas situaciones trae aparejado el retiro de la autorización para operar (si no se ha reintegrado el patrimonio).

La situación económico – patrimonial es comunicada al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial (Quiebras), quien deberá dar cumplimiento a la Ley Nº 154/69 de Quiebras y a las normativas de la Ley 827/96 (Arts. 48 al 55).

El juzgado competente queda obligado por ley a disponer la liquidación forzosa por el trámite de ley, que equipara los efectos legales de la situación a la declaración de quiebra. El proceso debe cumplirse de oficio, sin que la Autoridad de Control (Superintendencia de Seguros) sea parte procesal (La Ley 827/96 impone solamente la obligación de comunicar la situación al "Juez de Quiebras"). La Autoridad del Seguro nombra liquidadores que prestarán cooperación, coadyuvan y asisten al Síndico judicial de quiebras (conc. Art. 49 inc. b) – Ley Nº 827/96), para cumplir la liquidación judicial.

Los presupuestos falenciales (Ley 154/69), surgen del ejercicio facultativo que la Ley 827/96 indica para la liquidación forzosa, pues es a la Autoridad Administrativa a quién la ley otorga la potestad para ejercer el contralor de la actividad aseguradora y calificar la situación económico – financiera de la empresa aseguradora. Ello la excluye de ser considerada parte procesal a los fines causídicos.

Sin agotar la temática, se ha querido proporcionar un glosario de actuaciones posibles, con sus respectivas normas jurídicas aplicables.

Anexo I

RESOLUCION SS. RG. Nº 12/02

POR LA CUAL SE ESTABLECEN PROCEDIMIENTOS PARA LA FUSION DE EMPRESAS DE SEGUROS

Asunción, 16 de setiembre de 2002

VISTO: Los artículos 36 al 38 de la Ley Nº 827/96 De Seguros; las disposiciones de los artículos 1192 al 1195 del Código Civil; la opinión del Consultor (FOMIN/BID–SIS) Dr. Héctor A. Perucchi; y el Dictamen SS.IAL.DDSA. Nº 168/02 de la División Dictámenes y Servicios Administrativos de la Intendencia de Asuntos Legales, de fecha 7 de agosto de 2002;

OIDO: El parecer favorable del Consejo Consultivo del Seguro, en su sesión del día 12 de setiembre de 2002; y

Considerando: Que el Artículo 360 de la Ley 827/96 establece la posibilidad de que las entidades aseguradoras accedan a un proceso de fusión, determinándose dos procedimientos: 1) la disolución, sin liquidación, de dos o más entidades a los efectos de formar una nueva, y 2) la incorporación de una o más entidades a otra previamente autorizada;

Que resulta oportuno señalar el procedimiento, conforme a la ley, teniendo en cuenta dos objetivos fundamentales:

a) el proceso de fusión debe ser incentivado a través de un procedimiento ágil, pues se constituye en una sana práctica de los mercados tendientes a la economía de costos y el potenciamiento de los esfuerzos de las empresas fusionantes;

b) los derechos de los asegurados de las entidades fusionantes deben ser irrevocablemente garantizados, toda vez que el cambio de su potencial deudor por siniestros no debe alterar la confianza que el asegurado depositó al suscribir un contrato de seguro, ni la garantía que conllevaba esa elección; y en el sentido de percibir sus eventuales créditos en tiempo y forma.

Que todo proceso de fusión contiene necesariamente una transferencia o cesión de cartera. Ello, unido a la necesidad de preservar la libertad de elección de todo asegurado, obliga a cumplimentar los requisitos de publicidad establecidos por el Artículo 41 de la Ley Nº 827/96 De Seguros.

Que a tales efectos aludidos, se ha juzgado necesaria la determinación de procedimientos generales, que sirvan de guía a las entidades que deseen fusionarse y clarificar la exigencia en la materia, y sus respectivos plazos.

Que el Código Civil en su Artículo 1193 prescribe los recaudos legales y las formalidades que deberán cumplirse a esos efectos, cuya observancia estará conforme a las disposiciones de las citas legales de los Artículos 36º, 37º, y 38º de la Ley Nº 827/96 De Seguros.

POR TANTO, en base a las facultades reglamentarias conferidas por la Ley Nº 827/96 De Seguros,

EL SUPERINTENDENTE DE SEGUROS
Resuelve:

1º) Las entidades aseguradoras que decidan fusionarse de acuerdo a los términos del Artículo 36 de la Ley 827/96, deberán seguir el procedimiento establecido en el Anexo adjunto, que forma parte de la presente Resolución, a los efectos de obtener la conformidad previa de esta Superintendencia.

2º) Cumplidos todos los requisitos previstos en la Ley de Seguros y disposiciones legales del Código Civil, la Superintendencia de Seguros deberá decidir el otorgamiento o denegación de la autorización dentro del plazo de 60 (sesenta) días, a contar desde la recepción íntegra de la documentación que avale dicho cumplimiento.

3º) Obtenida la autorización prevista en la ley, las entidades a fusionarse deberán publicarla por espacio de 5 (cinco) días, en un diario de gran circulación en la Capital de la República, con cita expresa de la Resolución de este organismo que la haya otorgado, conforme se señala en los Artículos 1193, inciso b) del Código Civil [concordante con el 1189, inciso d)] y 38 de la Ley Nº 827/96 de Seguros, y dentro de los quince días siguientes.

4º) Publíquese, regístrese y, cumplido, archívese.

LUIS A. TOFOLETTI RIUS. Superintendente de Seguros

Anexo

1. La solicitud de autorización previa para una fusión comenzará con la presentación de la correspondiente solicitud a esta Superintendencia, acompañando la siguiente documentación:

1.1. Copias de las Resoluciones de ambos Directorios, tomando tales decisiones. Publicación (Compromiso de Fusión).

1.2. Copias autenticadas de las Asambleas Generales Extraordinarias, que resuelvan proyectos de escritura de fusión y nuevos estatutos si surge nueva persona jurídica (Ver Arts. 1091, 1092 y 1191 – Código Civil).

1.3. Listado de personas que hayan ejercido el Derecho de Receso (acreedores, beneficiarios/tomadores de seguros, reaseguros, etc.).

1.4. Balance de cierre con dictamen de Auditoría Externa. Verificación de estados contables consolidados e incorporación al balance de la empresa absorbente con todo su patrimonio activo/pasivo, capital y reservas.

1.5. Solicitud de extinción de los registros públicos, pertenecientes a la sociedad en que la persona jurídica absorbente asume las responsabilidades y derechos de la persona jurídica fusionada; la que debe cumplir con las normas jurídicas de la disolución y la sociedad absorbente, las disposiciones legales por incremento patrimonial, en sus efectos tributarios.

1.6. Escritura pública de fusión.

1.7. Acto administrativo de autorización y, luego, habilitación de la nueva empresa aseguradora, en su caso, por la Superintendencia de Seguros.

2. El Plan de Fusión, que contendrá, como mínimo, los siguientes datos:

2.1. Balance consolidado de la entidad aseguradora que surgirá del proceso de fusión o a la cual se incorporarán las fusionantes, de acuerdo a las normas vigentes de esta Superintendencia para la confección y presentación de estados contables, donde se especifiquen detalladamente las obligaciones con los asegurados y los activos respaldatorios de las mismas. Dicho balance deberá ser presentado con dictamen de Auditor Externo, conforme a las normas dictadas por este organismo;

2.2. Detalle de cada uno de los actos jurídicos que se cumplimentarán para arribar a la fusión, con indicación de los plazos;

2.3. Conformidad de los reaseguradores de las entidades que vayan a fusionarse, en el sentido de que extenderán a favor de la entidad que surja de la fusión o a la que se incorporarán las fusionantes, la cobertura de reaseguro que posean estas últimas. Esta exigencia podrá ser suplantada por el compromiso irrevocable de otro/otros reaseguradores en el sentido de que otorgarán cobertura de reaseguro a la entidad que surja de la fusión, en cuyo caso deberán especificarse las condiciones de ese reaseguro, las que deberán volcarse al balance consolidado.

3. Cada una de las entidades que hayan decidido fusionarse, deberá publicar su intención en los términos del artículo 41 de la Ley 827/96, indicando la posibilidad de los asegurados de oponerse a la misma, el procedimiento y plazo de la posible oposición. A tales efectos, indicarán:

3.1. Que toda oposición deberá ser fundada;

3.2. Que las oposiciones deberán ser dirigidas a la Superintendencia de Seguros, por escrito, indicando el domicilio de este organismo;

3.3. La fecha máxima para la presentación de la oposición, la que no podrá ser inferior a 10 (diez) días corridos posteriores a la última publicación.

Realizadas todas las publicaciones legalmente exigibles, las entidades fusionantes presentarán a la Superintendencia de Seguros los ejemplares de los diarios que las acrediten.

4. La Superintendencia de Seguros podrá exigir de las entidades fusionantes documentación adicional, si de la presentada, conforme a los puntos anteriores, no quedara absolutamente claro el procedimiento a seguir o la integridad del respaldo al derecho de los asegurados.

5. Si luego del análisis de toda la documentación aportada, la Superintendencia otorgara la autorización para la fusión, emitirá una Resolución al efecto, en la cual concederá a los asegurados que hubieran presentado su oposición en término, un plazo de 5 (cinco) días corridos para ejercer las opciones previstas en el Artículo 41 de la Ley 827/96. Dicho plazo será contado a partir de la última publicación prevista en el párrafo siguiente de este punto

Las entidades fusionantes publicarán, a su costo, dicha Resolución por el término de 2 (dos) días en un diario de gran circulación en la Capital de la República, de lo que darán justificación a la Superintendencia de Seguros.

6. Las entidades fusionantes justificarán la satisfacción de las exigencias de los asegurados que se hayan opuesto a la fusión, dentro del marco de las posibilidades previstas en el Artículo 41 de la Ley 827/96, luego de lo cual emitirá una Resolución por la que se decía n disueltas las entidades aseguradoras fusionantes o que se incorporan a otra.

EL ARBITRAJE EN MATERIA TRIBUTARIA (*)

Por Marco Antonio Elizeche (**)

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En el arranque de la temática y con referencia al planteamiento del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos en materia tributaria, hemos de manifestar nuestra absoluta coincidencia con lo apuntado por el Coordinador General designado, Dr. José Vicente Troya Jaramillo, en las directrices arrimadas en relación a este punto, cuando expresa: "La posibilidad de someter a arbitraje las discrepancias tributarias no es de fácil recibo".

En efecto, la prevalencia del Principio de Legalidad en materia tributaria es, sin discusión alguna, uno de los presupuestos cardinales de la tributación, a tal punto que suele decirse que si en el Derecho Penal la fórmula sacramental es "*nullum delictum sine lege; nulla poena sine lege*", en el Derecho Tributario la fórmula sería "*nullum tributum sine lege*".

Es más, la observancia inexcusable de este principio se normatiza e impone no sólo por la ley tributaria en especial, sino en la propia Constitución o Carta Política de nuestros respectivos países.

Es así que en el caso del Paraguay este principio irrestricto campea en varios artículos de nuestra Constitución, así como también otros como el de igualdad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva, prohibición de la doble tributación, potestad soberana del Estado para fijar y establecer tributos y

---

(*) Trabajo presentado por el autor en la XXII Jornada del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, llevada a cabo en Quito, Ecuador del 20 al 24 de setiembre del 2004.

(**) Profesor Titular de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

otros recursos y la facultad indelegable de percibirlos y ordenar su cobranza, entre otros, y a los cuales haremos referencia puntual más adelante.

Es oportuno destacar aquí que a raíz de la constitucionalización de estos principios cardinales de la tributación, se remarca en toda su plenitud la ubicación del Derecho Tributario en el árbol general del Derecho en el ámbito del Derecho Público, dada la estrecha vinculación de nuestra materia con el Derecho Constitucional que es, por decirlo así, el rey de los Derechos Públicos.

Ello explica aseverar, sin remilgos, que se ha hecho tradición histórica, casi mística, la prevalencia reverente del Principio de Legalidad en materia tributaria.

Ahorcajados en esta postura, se alinean los que no están de acuerdo e impugnan al arbitraje y aún a otros medios de solución de conflictos en materia tributaria, al margen de los estrictamente legales, administrativos o jurisdiccionales. Señalan inclusive el peligro de encauzar y abrir las compuertas que importarían una posible transacción o una renuncia inexcusable de derechos por parte de la administración tributaria y la admisión de fórmulas alternativas de arbitraje o de mediación.

Es dable señalar, sin embargo, que de cara a esta cerrada oposición, hay quienes sostienen la viabilidad de la admisión del arbitraje y otros medios consensuales para dar fin a los conflictos de orden tributario sin conculcar los principios de la Reserva legal y la Disponibilidad y efectividad del crédito tributario que se reconoce al Estado.

En este contexto, habida cuenta de la escasísima literatura existente sobre el tema, pudimos acceder sin embargo a una información proveniente de España sobre la creación de una Comisión de Expertos en el año 2001 para el estudio y la propuesta de medidas para reformar la Ley General Tributaria, basada entre otras cosas, en la necesidad de fomentar actuaciones preventivas de la administración a fin de asegurar y acrecentar los ingresos tributarios, frente a las fórmulas clásicas de represión.

En este menester, la propuesta apunta a la incorporación de la actuación preventiva de la administración con procedimientos y actuaciones tendientes a facilitar la correcta aplicación de las normas tributarias. Estas actuaciones que tendrían una duración limitada, se realizarían antes de que venzan los plazos de presentación de declaraciones.

En cuanto a sus efectos, no tendrían el carácter de vinculantes, sino más bien el valor de una recomendación a la cual el contribuyente podría optar en el momento de presentar su declaración.

Otro importante bloque de propuestas de la citada comisión, se dirige a reducir la actual situación de conflictividad existente en materia tributaria así como la aceleración de la resolución de los conflictos planteados.

En este punto huelga reconocer la afligente situación que asumen todos nuestros países en la solución de los conflictos tributarios como lo son: a) las altas tasas de morosidad e incumplimiento efectivo de la obligación tributaria; b) la complejidad y lentitud de los trámites y procedimientos, sea en el ámbito administrativo y con mayor agudización aún en lo jurisdiccional; c) la demora y dilación agobiante para llegar a una sentencia o pronunciamiento final; d) los tropezaderos y costosos procedimientos de cobro de créditos fiscales provenientes de tributos.

El enfoque de esta problemática es el que fundamentó la recomendación de la Comisión de expertos españoles, y que aparece como una de las principales novedades, apuntando a la creación de un arbitraje tributario, aunque no hay unanimidad sobre el modelo a aplicar.

Se trataría en todo caso de un recurso administrativo, resuelto por un órgano especializado e independiente de la administración, que se aplicaría a las materias más sencillas y de fácil verificación, que permitiría suspender el pago de la deuda tributaria sin prestar garantía, todo ello con la ventaja de resolver el conflicto en un plazo mínimo con una fórmula de solución final.

Pero la parte más importante y concreta de lo aconsejado por esta Comisión, además del planteamiento inicial, puede resumirse en lo siguiente:

1. El arbitraje debe ser de derecho, encomendado a órganos administrativos especializados y para determinadas cuestiones, algunas limitadas cuantitativamente

En la caracterización general del sistema, no se trataría de un arbitraje clásico, con árbitros externos a las partes. Tampoco es un recurso administrativo clásico, ya que éstos se resuelven por el órgano de gestión o su superior jerárquico y vierten en la vía jurisdiccional. No es tampoco de reclamación administrativa, ya que éstas son resueltas por órganos colegiados.

Se trataría de un recurso administrativo atípico, caracterizado, porque se resuelve por un órgano administrativo especializado y funcionalmente independiente de la administración con un procedimiento muy sencillo y éste seria recurrible solamente en lo contencioso administrativo.

Recogemos en este punto las siguientes características:

El arbitraje debe ser solo de derecho sin que pueda ser de equidad. Hay que tener en cuenta que el tributo es una obligación legal, lo que lleva a la conclusión de que todos los supuestos de conflicto tienen que ser resueltos conforme a derecho. Por otra parte la equidad ya juega en el derecho tributario a través de otras técnicas como regímenes especiales, estimación objetiva, declaración simplificada, aplicación de principios de proporcionalidad y buena fe, etc.

El arbitraje que se propone es unipersonal y tiene que ser realizado por un árbitro prefijado y determinado conforme a normas de competencia fijadas de antemano.

Se previene también que el árbitro tiene que ser graduado en Derecho y haber superado las pruebas públicas que se establezcan y que acrediten un conocimiento suficiente y aceptable del Derecho Tributario y demás materias afines y necesarias.

Rescatamos también en esta parte las recomendaciones atinentes a que el árbitro tiene que ser un funcionario público y que como tal su actuación debe estar sometida a la Constitución y a las normas tributarias vigentes sobre las cuales ejercerá su función para la realización de la justicia tributaria. Por consiguiente, solamente podrían ser removidos por las causas que dan lugar a la separación del servicio de los funcionarios públicos.

Una acotación importante es la prédica de la Comisión para la incorporación de profesionales con antecedentes que acrediten su formación especializada: por ejemplo, profesores de la universidad o abogados con amplia experiencia en la materia.

2. Especificación de materias sometidas a arbitraje

En este punto la comisión expresa que la competencia por razón de la materia, debe venir dada por hechos, figuras o situaciones tributarias que ofrezcan la menor complejidad y, en su consecuencia, una verificación fácil.

Sólo así se puede pedir celeridad a un órgano unipersonal en una materia como la tributaria que genera una conflictividad o complejidad importante.

Es preciso resaltar, sin embargo, que hubo posiciones disidentes en la Comisión por la propuesta de una lista cerrada de materias a ser sometidas al arbitraje, dado que tal proposición cerraría toda posibilidad de que otras cuestiones fuera de lista puedan ser sometidas a arbitraje, máxime teniendo en cuenta la complejidad y variabilidad de matices con que se presentan los conflictos tributarios.

Pese a esta disyuntiva la Comisión ha elaborado una lista de materias que conforman las siguientes:

- Valoraciones globales hasta un monto estimado.
- Tasaciones o informes periciales contradictorios.
- Notificaciones: existencia, validez, procedencia y plazos.
- Domicilio: verificación, domicilios reales, personales, y otros.
- Prestación de garantías para la suspensión o prórroga de créditos tributarios.
- Representación: poderes, suficiencia.
- Cuantificación de intereses por mora.
- Errores de hecho o aritméticos.

3. Concluye esta comisión su interesante cometido con las recomendaciones que hacen a la competencia territorial, a los recursos contra el laudo, a la suspensión del acto tributario y la prestación de garantías, al procedimiento y a las costas

En relación al procedimiento, resaltamos la validez de la propuesta en insistir en que el procedimiento que se aplicaría en el arbitraje debe estar presidido por las ideas de sencillez y celeridad. En particular, insume las siguientes fases:

- Iniciación: con el escrito de interposición, al que acompañarán, necesariamente, las alegaciones y la petición y ofrecimiento de pruebas, dentro de un plazo breve.

- La contestación: en igual plazo y con los mismos condicionamientos.

- La fase de instrucción: que consistirá en las pruebas que el árbitro considere procedentes, su diligenciamiento y la comparecencia de los interesados si se juzgase necesario.

Resolución: por último el laudo del árbitro que deberá dictarse dentro de un término también breve.

Con esta información atinente a la propuesta española y a través de ella hemos tenido también acceso a lo que rige en Italia sobre el punto.

En efecto, el modelo italiano permite que los inspectores negocien con el contribuyente la aplicación de las leyes tributarias a su caso concreto y, para evitar sospechas sobre sus acuerdos, tanto las propuestas del contribuyente como las del inspector han de plasmarse por escrito, y el pacto final debe ser aprobado por el superior jerárquico del inspector actuario. Si esta primera negociación concluye sin acuerdo, el sistema ofrece una segunda oportunidad para no acudir a los tribunales: un acto de conciliación ante un organismo de arbitraje, similar a los centros de mediación y arbitraje que hay en España para conflictos laborales.

En el cierre de este planteamiento inicial, referido al arbitraje para la solución de los conflictos tributarios, resulta evidente que aparece como cuestión previa su permisibilidad legal, así como lo atinente a su ámbito de aplicación, la composición del órgano, su designación, su competencia, y la validez y recurribilidad de sus decisiones.

II. PRINCIPALES CUESTIONES A RESOLVER

En lo que hace al segundo punto de las directrices generales que se refieren a las principales cuestiones a resolver, se contempla en primer lugar la siguiente temática:

El arbitraje y su aplicación en el ámbito tributario interno:

Como bien lo señalan las Indicaciones del Coordinador General en este punto, el nudo gordiano de la aplicación del sistema de arbitraje para la solución de los conflictos tributarios lo constituye la observancia del Principio de Legalidad, lo cual ya señalábamos más atrás, y que importa en la legislación paraguaya y en la de todos los países, en general, el soporte estructural inexcusable de todo sistema tributario, lo cual conlleva a su vez en su contenido el Principio de Indisponibilidad de la obligación tributaria.

Es así que este principio, donde se cimenta el poder de imperio del Estado para imponer tributos y la tutela legal que garantiza el derecho de la exigencia y cobro del crédito fiscal proveniente de tributos, se consigna en varias disposiciones de la Constitución Nacional de la República del Paraguay como las que se encuentran plasmadas en los Arts. 44 y 179 que expresan:

Art. 44: De los Tributos: “Nadie está obligado al pago de tributos ni a la prestación de servicios personales que no hayan sido establecidos por la ley. No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas desmedidas”.

Art. 179: De la Creación de Tributos: “Todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, respondiendo a principios económicos y sociales justos, así como a políticas favorables al desarrollo nacional. Es también privativo de la ley determinar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del sistema tributario”.

Solamente a modo de comentario, nótese que en esta última disposición constitucional transcripta (Art. 179 final), la Constitución paraguaya denomina “materia imponible” al hecho imponible.

En cuanto a la facultad del Estado para obtener recursos en el ámbito del Derecho Tributario, del Derecho Fiscal, así como también del Derecho Financiero, que es aún mucho más amplio, luce en el Art. 178 que se transcribe también a continuación:

Art. 178: De los Recursos del Estado: “Para el cumplimiento de sus fines, el Estado establece impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos; explota por sí, o por medio de concesionarios, los bienes de su dominio privado, sobre los cuales determina regalías, royalties, compensaciones u otros derechos, en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales; organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el canon de los derechos que se estatuyan; contrae empréstitos internos o internacionales des-

tinados a los programas nacionales de desarrollo; regula el sistema financiero del país, y organiza, fija y compone el sistema monetario".

La Constitución paraguaya, inclusive, ha dado un gran avance en la dogmatización de principios cardinales del derecho tributario como lo son: los de la doble imposición y la capacidad contributiva, cuando en los Arts. 180 y 181 perceptúan:

Art. 180: "No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación tributaria. En las relaciones internacionales, el Estado podrá celebrar convenios para evitar la doble imposición, sobre la base de la reciprocidad".

Art. 181: De la igualdad del tributo: "La igualdad es la base del tributo. Ningún impuesto tendrá carácter confiscatorio. Su creación y su vigencia atenderán a la capacidad contributiva de los habitantes y a las condiciones generales de la economía del país".

A más de estas normativas constitucionales citadas, la observancia irrestricta del Principio de Legalidad se impone a lo largo de varias disposiciones del Libro V de la Ley No. 125/91 de la Reforma Tributaria, que importa un verdadero, aunque pequeño, código tributario. Y así podemos citar y hacer referencia a la letra del Art. 196 de la citada ley que expresa: "Los actos de la administración tributaria se reputan legítimos, salvo prueba en contrario, siempre que cumplan con los requisitos de regularidad y validez relativos a la competencia, legalidad, forma legal y procedimiento".

El Art. 186 de la misma ley, por su parte, expresa: "Facultades de la administración: A la administración tributaria corresponde interpretar administrativamente las disposiciones relativas a tributos bajo su administración, fijar normas generales, impartir instrucciones y dictar los actos necesarios para la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos. Las normas dictadas en aplicación del párrafo anterior se subordinarán a las leyes y los reglamentos y serán de observancia obligatoria para todos los funcionarios y para aquellos particulares que las hayan consentido".

El derecho a impugnar las disposiciones normativas conforme al artículo precedente se consagran en el Art. 187 que expresa: "Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán ser modificadas o derogadas por quien la hubiese emitido o por el superior jerárquico. Serán susceptibles de ser im-

pugnadas cuando no sean conformes a derecho y lesionen algún derecho o interés legitimo personal y directo".

Este Principio de Legalidad inclusive prevalece para la remisión o condonación de obligaciones y deudas tributarias; así el Art. 168 reza:

"Remisión: La obligación tributaria sólo puede ser remitida por ley. Los intereses o recargos y las sanciones pueden ser reducidos o condonados por resolución administrativa en las condiciones que establezca la ley".

En cuanto a la observación del Coordinador General en esta parte de las directrices, que refiere a la atenuación de la rigidez en la observancia del Principio de Legalidad y a establecer apertura o permisibilidad negociadora a la administración, encontramos en la legislación paraguaya las siguientes disposiciones:

En la ley 125/91:

"Art. 208: Rectificación, aclaración y ampliación de las declaraciones juradas: Las declaraciones juradas y sus anexos podrán ser modificadas en caso de error, sin perjuicio de las responsabilidades por la infracción en que se hubiera incurrido".

Art. 216: Revocabilidad del acto de determinación dentro del término de prescripción: "La administración Tributaria podrá redeterminar de oficio sobre base cierta la obligación tributaria que hubiere determinado presuntivamente. Asimismo, podrá practicar todas las modificaciones, rectificaciones y complementaciones necesarias, en razón de hechos, informaciones o pruebas desconocidas anteriormente o por omisiones, falsedades o errores de hecho o de derecho. Las modificaciones de los actos de determinación podrán ser en beneficio o en contra de los sujetos pasivos".

Cabe también citar aquí que la ley contempla la eximición de responsabilidad en materia de infracciones en el Art. 185 que expresa: "Excluyen de responsabilidad: 1) la incapacidad absoluta, cuando se carece de representante legal o judicial; 2) la fuerza mayor o el estado de necesidad; 3) el error excusable, de hecho o de derecho, en base al cual se haya considerado lícita la acción u omisión.

Se debe también incluir en esta parte la posibilidad de reconocer la reducción o participación en la multa por parte del denunciante contribuyente

o responsable en una proporción del 30% cuando manifieste espontáneamente una infracción cometida (Art. 239 de la Ley 125/91).

La Ley 125/91 faculta también a la Administración Tributaria a conceder prórrogas y pagos fraccionados de los créditos fiscales provenientes de tributos.

En la Legislación Aduanera también concurre en esta parte la establecida en la Ley 1173/85 Código Aduanero:

El citado cuerpo legal en su Art. 270 viabiliza las reclamaciones contra las actuaciones aduaneras referente a la clasificación y valoración de las mercaderías, y la liquidación de gravámenes realizados con anterioridad al retiro de las mercaderías.

Los Arts. 261 al 264 regulan los requisitos, plazos, sustanciación y recursos contra las resoluciones de la administración aduanera sobre estas reclamaciones o rectificaciones.

Un comentario especial en esta parte merita el Art. 51 del modelo de Código Tributario OEA–BID para América Latina que admite la transacción como forma de extinción de la obligación tributaria, el cual dispone: “La transacción es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable”.

Nótese que el modelo solamente permite esta forma de extinción referida a la apreciación de los hechos, excluyéndola expresamente en cuanto respecta a la interpretación de la norma o ley tributaria aplicable.

El modelo del Código Tributario del CIAT del año 1997 en el Art. 85 faculta a la Administración Tributaria a condonar total o parcialmente multas y recargos cuando se registran constancias de que se ha procedido en circunstancias que hagan excusables omisiones que dieran lugar a la aplicación de las multas y/o recargos.

En el comentario vertido al pie de este artículo por los mismos redactores, se recalca el carácter discrecional de esta facultad de condonación de multas y recargos por parte de la Administración, no cabiendo por consiguiente la impugnación, por los interesados, de la resolución dictada. Se incluye sin embargo, de acuerdo a este comentario, los derivados de disposiciones tributarias poco precisas que puedan generar errores excusables de interpre-

tación, lo cual (esto último) no estaba permitido por el modelo de Código OEA–BID.

Una mención especial debemos hacer en esta parte al avance legislativo que se registra en el Paraguay en materia de arbitraje y mediación con el dictamiento y puesta en vigencia de la moderna Ley 1879/02 DE ARBITRAJE Y MEDIACION. En este moderno cuerpo legislativo que normatiza todo lo atinente al arbitraje y también a la mediación como sistema de solución de conflictos, se permite el arbitraje de toda cuestión transigible y de contenido patrimonial, señalando sin embargo tajantemente, que no podrá ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.

Así también limita la aplicación del sistema de arbitraje en cuanto a los actos realizados por el Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, siempre que se refieran o surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el Derecho Privado. A mayor ilustración transcribimos el Art. 2º de la citada ley: Objeto de arbitraje: "Toda cuestión transigible y de contenido particular podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído Sentencia definitiva, firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público. El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el Derecho Privado".

Como puede verse, la exclusión de la definición por el arbitraje de conflictos de orden tributario, aparece en el contenido objetival del arbitraje que insume la disposición anteriormente transcripta, en tanto el Derecho Tributario es eminentemente de Derecho Público tal como lo puntualizáramos más arriba.

Esta prohibición ya aparecía en Código Procesal Civil vigente en el Paraguay que en su Art. 774 expresa casi en coincidencia con la Ley 1879/02:

"Objeto del arbitraje: toda cuestión de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje antes o después de deducida en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera fuese su estado, siempre que no hubiese Sentencia Definitiva firme. No podrán serlo, bajo pena de nulidad: b) las referentes a bienes del Estado o de las municipalidades".

Citamos esta disposición solamente como referencia, en tanto ya han sido derogadas por la Ley 1879/02 de Arbitraje las disposiciones generales sobre arbitraje del Código Procesal Civil Paraguayo.

La referida y moderna Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación de nuestro país, como todas las de su género de los demás países, se aplican más y con mayor propiedad, sobre todo, al arbitraje comercial sea interno o internacional.

Solamente a modo de referencia en relación a esta normativa podemos decir que legisla en materia de acuerdo de árbitros, el arbitraje, el arbitraje internacional, y los diversos ámbitos que insumen los trámites de sustanciación como son: a) composición; b) recusación de árbitros; c) suplentes y sustitutos; d) competencia; e) sustanciación y procedimiento; f) laudo; g) impugnación y recursos. Contiene inclusive fórmulas de transacción y acuerdo conciliatorio.

Conclusión y Propuestas

Como corolario en esta parte podemos concluir en las siguientes propuestas:

a) asumir que en primer lugar se debe acometer la tarea legislativa de expurgar de la ley tributaria la casi nula permisibilidad de negociación que se reconoce a la Administración en los regímenes tributarios vigentes;

b) atemperar la rigidez de la prevalencia maximalista del Principio de Legalidad, pero sin desconocerla ni desmeritarla, sobre todo en la autorización legal conferida a las Administraciones Tributarias en la apreciación del hecho imponible y sus variables y sobre todo en su cuantificación antes de la determinación de la obligación tributaria;

c) establecer con precisión y claridad los casos y situaciones que podrían dar lugar a recurrir al arbitraje de modo a facilitar y acelerar la solución de los conflictos tributarios, y no habilitarlo para la generalidad de los casos con mengua o conculcación del Principio de Legalidad e Indisponibilidad de la Obligación Tributaria y la Efectivización del Crédito Fiscal proveniente de los tributos.

III. EL ARBITRAJE Y SU APLICACION EN EL AMBITO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

Por fin, y en relación al último punto de estas directrices que se refieren al arbitraje y su aplicación en el ámbito tributario internacional, en el contexto de la integración económica de nuestro país con otros países del área, la referencia obligada es desde luego el MERCOSUR; esto es el organismo interestadual que nació como resultado del Tratado celebrado en la ciudad de Asunción, capital de la República de Paraguay, el 26 de marzo de 1991. En efecto, en dicha fecha, se suscribió el denominado Tratado de Asunción para la creación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Suscribieron el mismo por orden alfabético la Rca. Argentina, la Rca. Federativa del Brasil, la Rca. del Paraguay y la Rca. Oriental del Uruguay.

La corriente aperturista del MERCOSUR para los demás países del área latinoamericana, acoge también como asociados, aunque no plenos, a las Republicas de Bolivia, Chile y Perú.

Uno de los aspectos más importantes para la buena marcha del MERCOSUR ha sido la institucionalización dentro del órgano de un sistema de solución de controversias que diera garantía a los Estados partes y a los particulares en el ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de las obligaciones y mismo, para el funcionamiento del sistema y de la consecución del objetivo de integración económica.

Este sistema debía evidenciar signos inequívocos de independencia y por sobre todo de imparcialidad.

En los arranques del MERCOSUR y sobre todo durante el período de transición, el sistema de solución de controversias se regía por lo dispuesto en el anexo III del Tratado de Asunción, que era un sistema transitorio, lo cual, de suyo, obligaba a las partes a la búsqueda y adopción de un sistema permanente de solución de controversias. Con este propósito se suscribió el Protocolo de Brasilia el 17 de diciembre de 1991, seguido por el de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994 que se limitó a confirmar el sistema de solución del Protocolo de Brasilia.

En virtud de estos instrumentos, el sistema de solución de controversias funcionaba en tres estadios:

a) un primer estadio determinado por el sistema de negociaciones directas entre las partes, mediante el cual se intenta la solución del diferendo en forma directa y sin intervención de un tercer órgano, con un plazo máximo de duración de quince días;

b) Una segunda etapa donde se prevé que en caso de no llegarse a un acuerdo por el sistema de negociación directa, queda expedita la segunda etapa del procedimiento ante el Grupo Mercado Común, que puede recurrir al asesoramiento de expertos. El procedimiento tiene previsto una duración máxima de treinta días y culmina con una recomendación;

c) Un tercer estadio donde se recurre al procedimiento arbitral, esto es, para el caso que la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos de los dos estadios anteriores, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá recurrir a la Secretaria Administrativa del MERCOSUR comunicando su intención de requerir el procedimiento arbitral para la solución de la controversia.

El procedimiento prevé la aceptación previa y obligatoria por parte de los Estados litigantes de la jurisdicción del Tribunal Arbitral. No tiene el carácter de permanente por cuanto se integra para cada caso; los árbitros se eligen uno por cada parte y el tercero, que ejerce la presidencia, debe ser designado de común acuerdo o en su defecto por la Secretaría Permanente, por sorteo de una lista confeccionada por el Grupo Mercado Común.

El sistema faculta al Tribunal Arbitral a establecer sus propias normas de procedimiento pero garantizando las reglas del debido proceso.

En caso de incumplimiento del laudo arbitral se prevén medidas compensatorias.

De la visión esquemática de este sistema cabe dejar bien claro que no estamos en presencia de un sistema ni de un tribunal permanente de solución de controversias.

En esta perspectiva, el Protocolo de Olivos suscrito el 18 de febrero de 2002, impulsó por fin la posibilidad de revisión del régimen anterior vigente para la solución de controversias, y el establecimiento de un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común.

Se establece allí un procedimiento que reporta en su contenido mayores garantías procesales para los Estados partes y una mejor protección para los derechos de los particulares.

El proceso en sí se desarrolla en función a cuatro etapas, que a diferencia del anterior sistema, no constituyen estadios obligatorios sino optativos, y son los siguientes: a) negociaciones directas; b) intervención del Grupo Mercado Común; c) procedimiento arbitral ad hoc; y d) procedimiento de revisión.

La diferencia con el sistema anterior, regido por el Protocolo de Brasilia, consiste en que, para acudir al procedimiento arbitral, era necesario el agotamiento previo de las instancias anteriores. Además, la jurisdicción del Tribunal ad hoc, compuesto por tres árbitros no era de carácter permanente, ya que se integraba y constituía para cada caso en especial.

Por consiguiente, el Protocolo de Olivos ha dado un paso trascendental para llegar a un sistema permanente de solución de controversias, al establecer un Tribunal Permanente de Revisión, ante el cual se permite la presentación de un Recurso de Revisión contra el laudo del Tribunal Arbitral ad hoc. Inclusive, el Protocolo permite el acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión sin necesidad de recurrir a ninguna etapa o instancia previa.

Los mecanismos vigentes entonces para la solución de controversias de acuerdo a este Protocolo de Olivos, que ya ha sido aprobado por los cuatro países y se halla en plena vigencia, conforman los siguientes estadios:

1) Los Estados Partes en una controversia buscarán resolverla ante todo mediante las llamadas negociaciones directas;

2) Si las negociaciones directas no solucionaran el conflicto, puede recurrirse optativamente al Grupo Mercado Común, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los Estados partes en la controversia de iniciar directamente el procedimiento arbitral ad hoc;

3) El procedimiento ante el Tribunal Arbitral ad hoc se inicia cuando la controversia no puede solucionarse por medio de las negociaciones directas, o mediando la intervención del Grupo Mercado Común, toda vez que se haya recurrido a esta instancia. En estos casos, cualquiera de los Estados Partes podrá comunicar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR su decisión de recurrir al procedimiento arbitral. Para el efecto se integra un tribunal ad hoc, compuesto por tres árbitros, de los cuales uno por cada parte y un tercero

que puede ser designado de común acuerdo o por sorteo de una lista de árbitros que no deberán pertenecer a la lista presentada por ninguno de los países partes litigantes.

4) El Protocolo de Olivos crea el Tribunal Permanente de Revisión, que estará integrado por cinco árbitros, ante el cual cualquiera de las partes en litigio podrá presentar un recurso de revisión contra el laudo del Tribunal Arbitral ad hoc. Este Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral ad hoc. El laudo de Tribunal Permanente de Revisión tendrá carácter definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral ad hoc.

5) El Protocolo permite el acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión. Esto último constituye una verdadera novedad y una opción altamente beneficiosa para las partes, en tanto permite, *per saltum*, llegar directamente a esta instancia en ejercicio de una opción procesal que simplifica notablemente el procedimiento, la sustanciación y la decisión para resolver el conflicto; con lo que se gana una mayor celeridad procesal y un menor costo al evitar la instauración y agotamiento de instancias previas o intermedias. Es así entonces que las partes en conflicto, una vez agotada la instancia de la negociación directa, pueden acordar de manera expresa y directa someterse, en instancia única, al Tribunal Permanente de Revisión.

6) Por fin el laudo del Tribunal Permanente de Revisión en esta única instancia, es también definitivo, no estando por tanto sujeto a revisión y tendrá con relación a las partes autoridad de cosa juzgada.

Como puede verse, el Protocolo de Olivos tiene el mérito innegable de instaurar un Tribunal Permanente de Revisión en el seno del MERCOSUR, sin excluir las negociaciones directas previas como opción conciliadora o diplomática para la solución de los conflictos.

En cuanto al contenido de las disputas o cuestiones litigiosas que requerirán la intervención tanto del Tribunal Arbitral ad hoc como del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, ya en la Segunda Jornada Tributaria del MERCOSUR, llevada a cabo en San Pablo–Brasil los días 2, 3 y 4 de octubre de 1997, se había examinado como tema de seminario: “El sistema de solución de controversias del MERCOSUR y los conflictos fiscales”. Esta jornada se llevó a cabo bajo los auspicios de la Academia Brasileña de Derecho Tributario, y se le asignó al Paraguay la honra y responsabilidad de desempeñar la función atinente a la Relatoría General para el desarrollo de dicho

seminario, y donde por decisión de la Asociación Paraguaya de Estudios Administrativos y Fiscales, convocada para la jornada en representación de nuestro país, me fuera discernida.

En dicho evento ya habíamos hecho un examen y análisis del Sistema de Solución de Controversias entonces vigente en el MERCOSUR, contemplado en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Brasilia y el de Ouro Preto ya comentados más arriba.

En el mencionado foro nos hemos expedido sobre las situaciones que podrían generar conflictos fiscales en el relacionamiento comercial de los países miembros del MERCOSUR, por lo que consideramos atinado también en este cónclave, insistir en las referencias aportadas en aquella oportunidad, con la salvedad de que inclusive, varias de las que se insertan a continuación ya se manifestaron:

1. la aplicación de medidas proteccionistas por parte de los países del área, para la circulación de bienes;

2. las trabas administrativas o burocráticas para la libre circulación de mercaderías;

3. los sistemas legislativos tributarios con criterios atributivos diferentes para el impuesto a la renta, lo cual crearía problemas de doble tributación internacional;

4. los derivados o que pudieran derivar de la aplicación del Código Aduanero del MERCOSUR y demás disposiciones que hacen a la entrada y salida de mercaderías;

5. los derivados o que pudieran derivar de los incentivos fiscales a las inversiones del capital;

6. los que también podrían surgir del tratamiento impositivo en materia de ingresos provenientes de fletes y pasajes en el transporte internacional y su tratamiento fiscal;

7. los que asimismo podrían derivar de los precios de transferencia;

8. las restricciones o topes monetarios o de divisas para las compras de mercaderías en zonas o ciudades fronterizas;

9. las diferencias legislativas en el tratamiento sancionatorio y aún conceptual de la evasión y el fraude fiscal;

10. las asimetrías en el grado de desarrollo económico de los países y las tributarias o fiscales en general.

En lo que respecta a la última parte de las directrices que se refiere a la soberanía, la jurisdicción arbitral y el funcionamiento de una Corte Internacional de Arbitraje, creemos nosotros que la novedad que nos trae el MERCOSUR con el funcionamiento de un Sistema Permanente de Solución de Controversias a través de un Tribunal Arbitral ad hoc y un Tribunal Permanente de Revisión, pergeñados como órganos permanentes y anteriores a los conflictos, ya importan de suyo la instalación de un órgano internacional permanente para la solución de conflictos, que incluye una instancia arbitral.

Si bien el Tratado de Asunción, sus protocolos y demás instrumentos creacionales y de funcionamiento no fueron considerados por muchos analistas y estudiosos en materia de integración económica o comunitaria, como documentos finales, definitivos o pétreos dentro del proceso de integración, sino más bien como circunstanciales y sujetos constantemente a instancias de revisión, resulta obvio que se debe conceder tiempo al Sistema de Solución de Controversias instaurado por el Protocolo de Olivos que es relativamente nuevo, aunque auspicioso.

Creemos por ello y abrigamos una expectativa optimista en el sentido de que el Sistema Permanente de Revisión y Solución de Controversias pergeñado por el Protocolo de Olivos, cumplirá un rol relevante en la proclama y modulación de un derecho comunitario del MERCOSUR, siguiendo el sendero ejemplificador del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, triunfal estadio y modelo innegable de integración, donde un papel protagónico en su etapa evolutiva ha jugado el funcionamiento del Tribunal de Luxemburgo.

Huelga decir también en esta parte que en lo atinente a la soberanía, el MERCOSUR es un organismo interestadual y no supranacional. Para ello es necesario que todos los países que lo componen se desprendan de sus trabas u obstáculos de orden constitucional como los tiene el Brasil y la Rca. Oriental del Uruguay, en especial; en tanto el Paraguay incorpora una normativa de avanzada que no ofrece reparos para la admisión y aceptación de un orden jurídico supranacional y del funcionamiento en el MERCOSUR de un tribunal de justicia para un sistema permanente de solución de controversias con alcance supranacional. El Art. 145 de la Constitución paraguaya, última par-

te, expresa en este sentido: “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”.

La Argentina, por su parte, con la Constitución reformada del año 1994, apunta a la aceptación del funcionamiento de tribunales supranacionales en la región en cuanto admite: “La celebración de tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales”. De cualquier manera, ésta es una primera cuestión a debatir y resolver en el ámbito del MERCOSUR y de los respectivos países que lo integran.

Ya en los estribos de este relatorio, hemos de expresar que los conflictos fiscales, en su amplia y difusa dimensión, requerirán para su tratamiento y solución un alto grado de especialización en la materia por parte de un tribunal internacional de juzgamiento como lo son los previstos para el MERCOSUR en el Protocolo de Olivos.

UNA APROXIMACION A LA HISTORIA DEL DERECHO PARAGUAYO

Juan Bautista Rivarola Paoli (*)

Introducción

Antes de entrar en el análisis de cada una de las instituciones que nos proponemos desarrollar, es necesario efectuar las principales divisiones de la historia del Derecho, que son:

1) Derecho Indígena o Prehispánico: para el indígena la tierra es sagrada con connotaciones religiosas y mitológicas, pues allí estaban enterrados sus muertos y no les estaba permitido su enajenación, porque de hacerlo estarían enajenando sus propios antepasados.

2) Derecho Castellano: comenzando por la Hispania prerromana y sus derechos, pasando por la conquista y romanización, el Derecho de la España visigoda, el Derecho de la Reconquista, el Derecho altomedieval español, la formación y recepción del Derecho común y las recopilaciones castellanas. También la influencia del Derecho europeo en el descubrimiento y conquista de América, a través de la referencia a los Justos Títulos, las bulas alejandrinas de 1493, el Tratado de Tordesillas de 1494, y a la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla, como asimismo la Ley XX, Partida Tercera de las Siete Partidas,vigente en la época del descubrimiento, constituyendo estas últimas la fuente del Derecho de propiedad de la Corona.

(*) Profesor Titular de Economía Política, Derecho Romano y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

3) Derecho Indiano: Títulos de España sobre las Indias Occidentales, las Bulas, el Tratado de Tordesillas, la Conquista Española, la controversia del siglo XVI, situación del indígena; formación del Derecho Indiano; fuentes, el Derecho Indiano en el Paraguay incluía Capitulaciones, Ordenanzas y Reales Provisiones, Ordenación del Derecho Indiano en el siglo XVI en el Derecho Español, la Recopilación de 1680. Instituciones políticas, administrativas y de justicia, el Consejo de Indias, la Casa de Contratación, los adelantados, los virreyes, los gobernadores, los Cabildos, los Consulados, las Audiencias, las Intendencias, las Capitanías, la Justicia, Cabildos, Iglesia, Real Hacienda.

4) Derecho Patrio o Nacional: la Revolución de Mayo, Solicitud de la Junta Superior Gubernativa de 1812, sobre devolución de autos dirigida a la Audiencia de Buenos Aires, Creación del Tribunal Superior de Recursos de 1813. Reglamento de Gobierno del año 1813, Estatuto Provisorio de Justicia de 1842, Constitución de 1844, División de poderes, los Cabildos, Constitución de 1870 y organización del Poder Judicial, y la posterior adopción de Códigos, de comercio, civil, de procedimientos, y rural.

Derecho Prehispánico

Precisamente el orden social de lo que entendemos en la cultura occidental como Derecho, no lo es para el conjunto de las Comunidades Indígenas, que tienen sus propios patrones organizativos sobre la base del parentesco, clan o comunidad.

Las características culturo-regionales de los Guaraní precolombinos.

Al iniciarse la Conquista, - expresa Branislava Susnik -, los Guaraní se caracterizaban por su división en “grupos regionales”, con la conciencia de “unidad regional” social, de donde nacen sus diferentes actitudes socioculturales frente a la conquista. Características etno-geográficas:

a) Los **Itatines:** río Miranda – ríos Piraí / Aquidabán; emigración parcial precolombina hacia la Cordillera;

b) Los **Guarambarenses**: río Piraú – río Jejuí: participación emigratoria precolombina: paso de Alejo García, puerto Carayazapera;

c) Los **Tobatines:** río Manduvirá - río Jejuí; participación emigratoria; puerto Hieruquizába;

d) Los **Carios:** río Manduvirá: **–** río Tebicuary; en sus tierras se establece el primer núcleo colonizador. Recién a fines del siglo XVI se concentraron las aldeas dispersas de los Guaraní en "pueblos" organizados: Yaguarón, Altos, Itá, Tobatí, Guarambaré, Ypané, Atyrá, Caazapá, Yuty, Arecayá, los que como "unidades guaraní" perduraron hasta el año 1848.

e) Los **Paranáes:** los canoeros del Medio río Paraná y ríos Igañá-Paraná: tierras entre río Tebicuary y río Paraná – río Uruguay.

f) Los **isleños Chandules:** el río Paraná y el río Uruguay, formando las "colonias" de avanzada guaraní; rápida desintegración a fines del siglo XVI.

g) Los **Carios litoraleños de la costa atlántica**, incluyendo la isla de Sta. Catalina. En la laguna de los Patos se menciona el grupo étnicamente mixto, **Arechané.** Rápido desplazamiento por la presión de los portugueses desde la Capitanía de S. Vicente.

h) Los **Mbiazá:** desde el río Pelotas-Uruguay hasta las cabeceras del río Yacuí: grupo mixto con los paleo-amazónicos; desplazamientos por la presión de los portugueses.

i) Los **Tapés:** al oriente del río Uruguay hasta los Mbiazá, formando "colonias" en el territorio de los Guayaná- Gé; presión de los bandeirantes.

j) Los **Guayráes:** desde el río Paranapanemá hasta el río Yguasú, los pinares de los Gualachos-Gés; entrada de los conquistadores y de los Jesuitas; presión de los bandeirantes.

k) Las nucleaciones de la **ribera derecha del río Alto Paraná,** tierra adentro; los Amambay, los Itanará-Mbaracayúenses, los de Iguasú y Monday; en vecindad de los grupos Kaingang-Ge y Guayaki. Esta amplia zona quedaba dueña de la colonización, formando el grupo de los "Monteses-Cainguá – Guaraníes" (1).

---

1) Susnik, Branislava. "Introducción a las fuentes documentales referentes al indio colonial del Paraguay". Museo Etnográfico "Andrés Barbero". Asunción, 1992, p. 31.

Por su parte, Efraím Cardozo expresa que las naciones que habitaban el suelo paraguayo cuando aparecieron las primeras corrientes conquistadoras, desempeñaron un papel histórico de señalada significación, entre los que estuvieron los Guaraní que colaboraron activamente en la empresa de la Conquista y unidos por la sangre con los europeos, originaron el brioso mestizaje al cual debió el Paraguay su persistencia histórica.

Por otra parte, la reconstrucción del pasado histórico-cultural del Paraguay, mediante la etnografía, sigue tres líneas diferentes y convergentes:

1) La descripción de las extinguidas naciones guaraníes, que habitaban el territorio paraguayo en el momento histórico del descubrimiento y de la conquista, mediante el testimonio de la historiografía.

2) La descripción de las extinguidas naciones tupíes, que habitaban la costa del Brasil en la misma época, también con la ayuda de la historiografía.

3) La descripción de las naciones guaraníes, guaranizadas o guaranizantes sobrevivientes, dentro del territorio paraguayo, como los Cainguas o Mbhiás, o en otros países como los Chiriguanos, Sirione, Tapietés, Apapocuva, Guarayos y Pausernas, gracias a la antropología contemporánea.

4) La descripción de los Guayaquíes, igualmente merced a la historiografía y la antropología y que, develados los espesos enigmas, pueden ofrecer la clave del origen más primitivo de la familia guaraní, si no son una simple parcialidad guaranizada.

Aun admitida la coexistencia de grupos de origen racial diverso dentro de esta gran variedad, las parcialidades guaraní-tupí mencionadas, además del nexo de la comunidad lingüística, están unidas por una gran homogeneidad cultural en el tiempo y en el espacio, de tal suerte que el estudio del fenómeno étnico guaraní-tupí, en cualquier punto de su extensa área y en cualquier momento histórico, puede servir para la restauración del pasado histórico-cultural del sector paraguayo (2).

Investigaciones histórico-arqueológicas han probado con restos cerámicos una diferenciación entre la cultura *tupí* y la *guaraní* ya por los siglos VII u VIII de nuestra era. Las raíces originarias comunes provienen de una

2) Cardozo, Efraím. “Historiografía Paraguaya”. Paraguay Indígena, Español y Jesuita. México, 1979, p. 39.

tradición "proto tupí-guaraní" que abandonó las márgenes del Amazonas, hace unos cinco mil años (Arqueólogos y lingüistas especializados en el tema juzgan que las raíces últimas de los tupíes y guaraníes se encuentran en el Brasil occidental hacia los Andes, una región donde surgieron diversas culturas debidas a la mezcla de elementos andinos y tropicales(cfr. Schmitz, P. I. "O guarani no Río Grande do Sul", en SNEM, III, 1979, págs. 55-73) (3).

Como grupo de familias homogéneas, el *proto tupí* habitó las tierras cálidas de la región de San Pablo y en el litoral atlántico hasta Pernambuco; el *proto guaraní* avanzó hacia las tierras templadas de las cuencas del Paraná y Paraguay.

Los Guaraní comenzaron ocupando suelos ricos en aluviones con materia orgánica, abundantes en arboleda y avanzaron hasta las orillas del Paraguay, separado del Paraná por una superficie con escasas barreras topográficas que los dilatados bosques intentan suplir.

Sólo en busca de nuevos espacios ascendieron a las mesetas de 300 y 400 m de altitud (Por los siglos IX y X ya han llegado los Guaraní a las lagunas del litoral meridional brasileño y han comenzado a establecer pequeñas aldeas en tierras fértiles a 300 m. (Cfr. Schmitz, P.I. "O guarani no Río Grande do Sul", en Boletim do Marsum, n. 2, marco 1985).

La conquista del espacio geográfico implicó la lucha con grupos étnicos diversos: con los *Tupíes* inicialmente, separados de los Guaraní por el Paranapanema, afluente del Paraná y por una diferenciación cultural culminada en odio recíproco; con un grupo étnico designado como *Minuano* sobre la costa atlántica y como *Charrúa* sobre el Río Uruguay; con el grupo conocido como *Guaianá* en el siglo XVI y hoy *Kaingang* ; y en la margen oriental del Paraguay, los *Guycurúes*, gentilicio asignado por los Guaraní a los indios chaqueños distribuidos en distintas áreas (*Mbayáes, Abipones, Tobas, Mocobíes, etc*.)(Carbonell de Masy, Rafael. Estrategias... pp. 18/9)

En las relaciones interétnicas surgidas de la relación con el blanco -expresa Nidia Areces-, es importante tener en cuenta el proceso anterior a la llegada del europeo para comprender históricamente los cambios producidos.

---

3) Carbonell de Masy, Rafael. "Estrategia de desarrollo rural en los pueblos guaraníes (1609 – 1767). Barcelona 1992, p. 17.

El blanco entra como una cuña en un panorama de complejas relaciones interétnicas cuyo ámbito es el corredor fluvial del Paraná medio e inferior. ¡Cuál fue la significación de esta cuña europea en medio del hábitat indígena? ¿Cómo alteró las relaciones previas? ¿Qué nuevas relaciones generó? Lo primero que surge es la necesidad de clarificar este contexto ecológico tan significativo cuanto diferente para los grupos que entran en contacto. Para el indio el corredor fluvial constituyó su hábitat, su ecosistema y el escenario de diferentes relaciones intertribales.

Uno de los componentes grupales significativos es el Guaraní "reducido", que arriba al área con el español proveniente de Asunción. Es importante vincular la situación del Guaraní reducido a la historia de este grupo inmediatamente anterior a la llegada del blanco. La gran etnia guaraní se presenta con una identidad más homogénea y compacta que la mayoría de los grupos tribales del corredor fluvial paranaense. Sus formas organizativas y su modalidad expansiva han ido provocando una "guaranización" del área, visualizable especialmente en la incorporación de vocablos guaraníes entre los Chanés y la existencia de los Guaraní - que del Delta remontaron el Paraná pero no más al norte de la latitud de Santa Fe.

Prosigue más adelante -Nidia Areces- las situaciones de contacto culminan con el asentamiento definitivo del blanco en el área, y consideramos que la articulación social del blanco con las etnias indígenas es especialmente una *articulación compulsiva* por cuanto estas relaciones están signadas por la falta de voluntad de una de las partes de establecer el contacto. Mocoretáes, Quiloazas, Calchines no desean el encuentro en tanto que ya han comprobado o tienen referencias ciertas de lo que esta relación implica. A su vez, el español tiene una intención utilitaria y de dominio: obtención de bastimentos, uso de fuerza de trabajo, reparto, encomienda, intenciones que en sí mismas contienen la amenaza y efectividad de la violencia (4).

Formación del Pueblo Guaraní Colonial

Existe una suerte de **leyenda dorada** –expresa Rafael E. Velázquez**-,** acerca de un indígena guaraní sumiso y fácil de sujetar, que recibe al español en son de paz y se aviene a servirle, le entrega sus mujeres y sus hijas y le proporciona bastimentos, sin reclamar prácticamente nada, ni tan siquiera un

4) Areces, Nidia. "Poder y Sociedad. Santa Fe la Vieja, 1573-1660", Manuel Suarez editor y protohistoria. Escuela de Historia. U.N. Rosario. Argentina. 1999, pp. 28/31.

trato equitativo, ecuánime, en contraste con el Chaqueño que resiste, lucha y no se rinde.

De haber ocurrido de ese modo las cosas, no tendría que constituir, precisamente, motivo de orgullo para nosotros, los paraguayos de hoy, la ascendencia guaraní que a todos nos alcanza. Pero, para tranquilidad de nuestros espíritus, no fue así: sin perjuicio del inicial contacto amistoso en la comarca de Asunción y otras regiones, se registran más de ciento veinte años de resistencia y rebeliones guaraníes en el Paraguay colonial.

Primeros contactos

Los Guaraní del Paraguay, -prosigue Velázquez-, y particularmente los **carios** de la comarca de Asunción o **Paraguay**, aun cuando combatieron a Juan de Ayolas antes de 1536 ó comienzos del 37, se mostraron amistosos con los expedicionarios que, bajo el mando de Juan de Salazar de Espinoza, fundan la primera casa fuerte, como centro de poblamiento, el 15 de agosto de ese último año, y tal disposición favorable se mantuvo por algún tiempo. Es más, pese a las rebeliones indígenas, la gran corriente del mestizaje hispano-guaraní, iniciada entonces, no habría de interrumpirse nunca.

El sistema de cuñadazgo o **tovayá,** de emparentamiento por la cesión de mujeres guaraníes a los recién llegados, obedecía a una antigua práctica indígena tendiente a asegurar de esta manera una relación o alianza estable y las prestaciones consiguientes eran las propias de la parentela entre ellos.

Todo lo hicieron (los Carios) de buena voluntad y el trato de iguales, como pares de los españoles, y cuando éstos quisieron avasallarlos abiertamente o abusar de su hospitalidad, comenzaron los conflictos. Uno de los títulos de Domingo Martínez de Irala radica en la sagacidad con que supo manejarse en la relación con los **Carios,** obteniendo de ellos lo que pretendía, sin imponerles humillaciones ni abusos notorios (5).

Bertoni afirma que el rasgo principalísimo y vida íntima de los Karaivé-guaraní fue seguramente el casamiento muy temprano (6) y que ha sido

5) Velázquez, Rafael E. “Indígenas y españoles en la formación social del pueblo paraguayo”. En Suplemento Antropológico. Vol. XVI, n° 2. Diciembre 1981, pp. 29/31.

6) Bertoni, Moisés S. “La Civilización Guaraní”. T. III. Puerto Bertoni. 1927, pp. 56 y ss.

estudiado por R. Moreno Azorero y L. Gini sobre las prácticas que tienen los aborígenes del Paraguay para la reproducción, el matrimonio y la familia (7).

Natalicio González, siguiendo a Ignacio A. Pane, Hans Staden, Schmidel y otros, analiza la familia guaraní, su moral estricta, la poligamia, el matrimonio, el divorcio y otros valores sociales y políticos (8).

Aguirre supone que los verdaderos pueblos guaraníes, nombrados en la época colonial, recién se iniciarán alrededor del año 1570; la primera mención de Itá y Yaguarón figura en una jornada de Hernandarias para pacificar a un grupo de los revoltosos paranáenses; en la orden de Añasco del año 1598 se habla de "indios comarcanos de la ciudad", entendiéndose Itá, Yaguarón, Altos y Tobatí (9).

La formación de los pueblos se basa en la ideología de las "reducciones", es decir, de las aglomeraciones locales, parciales y cerradas del gentío guaraní, el origen del "pueblo-tava" en el sentido de una "comuna india" exclusivista" (Vol. 76. S.H.N°6. Fs. 1ª. N.A.).

A la llegada de los españoles, los Guaraní, cultivadores neolíticos, -expresa B.Susnik-, hallábanse organizados por "casas-pueblos" o por simples "asientos" parciales como hablan los documentos del siglo VI; existían las agrupaciones simples por linajes, a veces identificables por tres casas comunales, formando pequeñas aldeas o ya aldeas mayores, las cuales en ocasión de la resistencia a los españoles demostraron una contracción capaz de defensa, antiguamente motivada por la presencia de las tribus vecinas culturalmente paleolíticas. Las pequeñas uniones aldeanas con asientos diseminados dentro de un "guára-provincia", con límites que permitían la explotación rotativa de la tierra, según las necesidades propias del tipo de cultivo, deben considerarse una expresión más característica de la unidad socio-política guaraní. El hecho de que los primeros contactos de los españoles con los Guaraní basábanse en el trato con los representantes de las unidades sociales, influyó en que las primeras noticias designan tales unidades con nombres de los caci-

7) Moreno Azorero R. y Gini L. "Reproducción, Matrimonio y Familia de los Aborígenes del Paraguay". Suplemento Antropológico. Universidad Católica, vol. IX, n° 1-2, 1974, pp. 169-203.

8) González, Natalicio J. "Proceso y Formación de la Cultura Paraguaya". T. I. Editorial Guarania. Segunda edición. Asunción. 1948. pp. 63 y sgtes.

9) Aguirre, Juan F. "Juan Francisco de Aguirre. Diario del Cap..". Revista de la Biblioteca Nacional. Buenos Aires. 1949.T. I. p. 324.

ques o locales, predominando los primeros por el simple interés de especificar "la casa-pueblo" del cacique que debía el servicio "por amistad y parentesco". Los cacicazgos se identificaban así, en la primera época colonial, con los "pueblos indios". La primera desintegración de los mismos tuvo tres causas: mercedes de las tierras, las rancheadas y el empadronamiento. Las "casas-pueblos" de Cupiraty, Ytambucú, Yborá, Moqueratí y Mayrarú constituían el núcleo pre-asunceño guaraní; la estrecha zona en la que se hallaban dichos asientos significaba el área de seguridad contra los "Guaycurúes" en los tiempos de Alvar Nuñez e Irala (C/IR, Doc. G. – Policía, 22 de setiembre de 1545; Lafuente Machaín, 429) (10).

La política pre-encomendera que caracterizaba al primer gobierno de Irala, significaba una política de pre-reducciones de los indios. Irala aglomeraba la gente india por necesitar siervos y criadas indias, garantía para la subsistencia de la población de hombres españoles y al mismo tiempo buscaba la sujeción de las primarias comunidades guaraníes diseminadas por medio de "amistad y parentesco"; las rancheadas destruyeron muchas "casas-pueblos". Los Oficiales Reales al exigir organización de las encomiendas, también exigían la aglomeración que les permitiera control y estabilidad de los brazos y de la movilidad de los "teyy".

Es evidente – dice J.C. Garavaglia – que con las encomiendas nacen los primeros pueblos de indios, se entiende que estamos hablando de la acepción hispana del término, es decir, el intento de fijación y control territorial de la primitiva aldea guaraní. En todo caso, hay que subrayar que las primeras reducciones que tendrán carácter de tales las iniciadas por fray Luis de Bolaños y sus compañeros de la orden menor pretenden ser pasados ya unos treinta años de la promulgación de las encomiendas, una respuesta integral y totalitaria a los acuciantes problemas de control de la mano de obra indígena. Así opina Louis Necker, que ha realizado el estudio más completo sobre el tema y otro tanto insinúa Magnus Morner, al hablar de la política indígena de Hernandarias, que lleva a las primeras experiencias de los jesuitas en la década del diez del siglo XVII(Louis Necker. "Indians Guarani et Chamanes franciscains. Les premiéres reductions du Paraguay (1580-1800).Editiones Anthropos, París, 1979 y Magnus Morner "Actividades políticas y económicas de los jesuitas en el Río de la Plata. La era de los Habsburgos": Paidos. Buenos Aires. 1968).

10) Susnik Branislava. "El Indio Colonial. El Guaraní Colonial. Museo Etnográfico "Andres Barbero". T.1. Asunción. 1965. pp. 156/7).

Todo esto nos indica que la Reducción se apoya en un sustrato preexistente bastante antiguo y rico en connotaciones propias: la aldea guaraní.

¿Qué queremos decir, entonces, cuando afirmamos que es necesario prestar más atención al sustrato anterior?, se pregunta Garavaglia. Que la comunidad guaraní llevaba en su seno gran parte de los elementos sobre los que se construirá posteriormente el pueblo de indios y la reducción. Y también que desde las leyes de Burgos la Corona intenta la formación de pueblos indígenas para realizar un control más eficaz de la población nativa (11).

En este análisis quiero subrayar – expresa Karen Spalding -, el hecho de que el régimen colonial no consistió solamente en la extracción del excedente de los indios por los miembros de la sociedad española. En realidad en el transcurso de dos siglos y medio se modificó íntegramente el sistema social, político y económico de la sociedad conquistada (12).

Las Reducciones

A fines del siglo XVI los Guaraní habían organizado suficientemente su reacción contra la dominación española -expresa Melía-, y estaba consiguiendo neutralizarla, limitando la expansión colonial, y en algunas regiones, haciéndola incluso retroceder.

En este momento político surgen las reducciones del Paraguay; la de los franciscanos, primero, las de los jesuitas, después.

Se ha calificado a las reducciones como “despótico comunitario” (Garavaglia, 1986); “modo de producción despótico-comunitario” (Semo, 1972); fue organizada sobre la comunidad agraria preexistente de la que conservó su estructura económica fundamental haciendo referencia a un antiguo sustrato indígena (Bagú, 1949); surgió en América como proyecto político de integración del indio dentro del sistema colonial (Necker, 1979).

La descripción que da el Padre Antonio Ruiz de Montoya, es por demás clarificadora:

---

11) Garavaglia, Juan Carlos. “Mercado Interno y economía colonial”. Ed. Grijalvo. México. 1983.

12) Spalding, Karen. “De indio a campesino”. Instituto de Estudios Peruanos.1ª. edición. Lima 1974, p. 32.

"Llamamos reducciones a los pueblos de Indios, que viviendo a su antigua usanza en montes, sierras y valles, en escondidos arroyos, en tres, cuatro o seis casas solas, separadas a legua, dos, tres y más, unas de otras, los redujo la diligencia de los Padres a poblaciones grandes y a vida política y humana, a beneficiar algodón con que se vistan" (13).

En esta descripción del proceso de formación de las reducciones, todo parece jugarse alrededor del concepto de organización espacial: de la espacialidad tradicional guaraní, definida como dispersión y juzgada negativamente, se pasa a la creación de una nueva espacialidad, caracterizada como concentración urbana.

La idea de reducción no es una originalidad jesuítica, prosigue B. Meliá. Juntar a los indios en pueblos es una idea que se remonta por lo menos al año 1503, cuando ya se señala expresamente que "por lo que cumple a la salvación de las ánimas de los dichos indios...es necesario que los indios se repartan en pueblos en que vivan juntamente, y que los unos no estén ni anden apartados de los otros por los montes" (Konetzke 1953, 1:9). Sólo la reducción podrá remediar a la "irracionalidad" de andar los indios desparramados por los montes, "viviendo bestialmente y adorando a sus ídolos" (Ib.: 416).

El indio disperso, se piensa, no puede ser ni "político" ni "humano". Por eso hay que enseñar a los indios a vivir "políticamente" (Mateos 1950: 578) lo que requiere un cierto grado de urbanización.

Es por estas razones, entre otras, que la reducción se consideraba un instrumento esencial para el cambio que se pretendía en los indios, que era hacerlos pasar de la infidelidad" al cristianismo y de la barbarie a la vida política.

Que la reducción traía una profunda modificación de la estructura de la sociedad guaraní, no solamente lo sabían los misioneros y los gobernantes civiles que los patrocinaban, sino que lo sentían, con más clarividencia que éstos, los mismos dirigentes guaraníes, sobre todo aquellos que ya habían hecho alguna experiencia de la vida colonial (14)(15).

---

13) Montoya, Antonio Ruiz de, "Conquista Espiritual hecha por los religiosos de la Compañía de Jesús en las provincias del Paraguay, Paraná, Uruguay y Tape". Madrid (2ª.ed.Bilbao, 1892).

14) Melía, Bartomeu. "El Guaraní Conquistado y Reducido". Ensayos de Etnohistoria. Biblioteca Paraguaya de Antropología – Vol. 5. Segunda Edición. Asunción, 1988, pp. 175, 193/4.

Por otra parte, -expresa Garavaglia-, cuando en 1580, la acción de los franciscanos crea los primeros pueblos/reducciones, con una estructura que preanuncia ya la forma que durante siglos, está colocando las piedras siliares del sistema de dominación que subsistirá en la región durante mucho tiempo.

Es sabido que la encomienda aparece en el Paraguay por vez primera en 1555, cuando Domingo Martínez de Irala realiza su tan conocido repartimiento, el que será seguido, meses después, por la promulgación de las primeras ordenanzas que le darán forma legal. Es evidente que *con las encomiendas nacen los primeros pueblos de indios* –en la acepción hispana del término -, es decir, la *fijación-control* de la primitiva aldea guaraní. Y lo que sabemos actualmente, conduce a pensar que la reacción de los Guaraní, pese a una tradición historiográfica rica en cegueras, fue más que negativa frente a los primeros repartimientos; los levantamientos se suceden, poniendo en peligro el control blanco sobre la aldea guaraní. Es así como las primeras reducciones que tendrán el carácter de tales... no se dudó en recurrir a la fuerza de las armas para convencer a los remisos (16).

¿Cómo se fueron formando entonces las primeras comunidades indígenas? es la pregunta que surge para esclarecer la formación de éstas.

El servicio de los Guaraní a los españoles no obedecía a una ley determinada; el simple status provisorio de “indios amigos de la tierra” establecía la pauta de las relaciones socio-económicas entre los conquistadores y los conquistados. Era en el comienzo una “amistad” hispano-guaraní que convenía a las necesidades de los españoles al entrar en las tierras de los cultivadores y también a la ambición de los Guaraní de contar con un aliado poderoso para aniquilar sus enemigos “Guaycurúes” y Agaces, motivo de constantes inquietudes. El primer servicio que los Guaraní, prestaban en son de reciprocidad y amistad, pronto convirtióse en abuso y opresión; a revuelta carioguaraní en la comarca asunceña, la que exigió la cruel represión efectuada por el mismo Irala, constituye la respuesta de los desengañados Guaraní. Circunstancias como el Derecho del conquistador al tributo de servicio personal a falta de otros bienes valuables y el Derecho proveniente de la misma cos-

15) Georg Grünberg y Friedl Grünberg. ”Etnografía Guaraní del Paragay Contemporáneo. Los Paí Tavyterá. Supl. Antropológico, vol. XI, n° 1 –2. 1976, pp. 151-295.

16) Garavaglia, Juan Carlos. “Economía, sociedad y regiones. Ediciones de la Flor. Buenos Aires. 1987, pp. 125 y ss.

tumbre del intenso mestizamiento inicial, costumbre esta que permitió el verdadero asiento económico y la unidad social de los asunceños.

Como bien expresa B. Susnik, se apelaba a la relación de "deudos" españoles y Guaraní como un medio eficaz e inmediato de "poblar la provincia", y esta política pobladora correspondía al individualismo de los primeros conquistadores que tuvieron que cambiar el soñado El Dorado por el maizal guaraní, exigiendo tierra, mujer y brazos para el trabajo. La mujer guaraní era criada, brazo agrícola y procreadora (17).

El servicio por la ley de parentesco era aprovechado hábilmente por los conquistadores y, en realidad, constituía un "yanaconato" por sangre. Fue entonces cuando el virrey Toledo dispuso el empadronamiento de los yanaconas, ordenando que todos pagaran una capitación.

Pero había que organizar aquella sociedad en principio por el parentesco y luego por imposición del conquistador. Este se posesiona de la tierra, al dominar a los primitivos habitantes, y luego impone la ley de la Metrópoli, que por potestad divina pasa al dominio de los Reyes de España y Portugal.

Se establece el régimen de los *repartimientos*, es decir de indios repartidos compulsivamente a total servicio del conquistador, a fin de cultivar su antigua tierra en beneficio del nuevo amo.

Durante el siglo XVI el término *"repartimiento"* era empleado para describir un acto de división de lo que fuere. Así, había repartimiento de tesoros, de indígenas, de tierras y posteriormente de fuerza de trabajo indígena (esto último era por lo general denominado *mita*, de acuerdo con el vocablo quechua) (18).

Se agregó más tarde (1556) el régimen de *las encomiendas*, que era una institución distinta de la de los repartimientos, pero que, sin embargo, en la práctica se confundieron.

---

17) Matos Mar, José. "Yanaconaje y reforma agraria en el Perú". Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1976, p. 25.

18) Keith, Robert G. "Origen del sistema de hacienda", en Matos Mar, José (comp.)"Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú". Instituto de Estudios Peruanos. 1976, p. 55).

La encomienda surgió en España aun antes del descubrimiento de América, durante la reconquista, y fue traída ya por Colón, quien implantó en la Isla La Española (Santo Domingo) (19).

La encomienda ha sido definida como "el Derecho concedido al encomendero por merced real para percibir los tributos de los indios que se les encomendaban" (20).

Las encomiendas fueron constituidas por indios que se sometían al servicio del conquistador, en los lugares en que ellos habitaban, con sus casas y chacras. De esta forma, se respetaron los núcleos de poblaciones aborígenes, sometidos "mansamente" a la Corona y a la dirección inmediata del conquistador español, pero conservando siempre la base de la organización de los aborígenes, la "propiedad" de la tierra en comunidad y su ordenamiento tribal.

Pero como dice Astrain, aunque indirectamente parecía imposible contravenir leyes tan claras, la malicia humana se ingenió para llegar al fin de esclavizar a los indios por un camino indirecto, cual fue el abuso de la institución llamada encomiendas (21).

Y en forma contundente se expresa Enrique Florescano, al decir: "Las espadas y cañones de la conquista cortaron violentamente la expansión económica y política que encabezaban los aztecas y en breves años trastrocaron el orden de la tierra y el destino de los indios... que creó la sensación entre los indios de vivir un "tiempo loco", una era de cataclismo total, de derrumbe del cielo y volteamiento de la tierra, de desamparo y orfandad sin paliativos. Sin transición, al traumatismo colectivo de la derrota, siguió la persecución y muerte de los jefes y sacerdotes, la destrucción de la organización política y el desquiciamiento de las bases económicas y sociales que sostenían al sistema de producción indígena El caos de la conquista fue continuado por el desorden de los primeros años de la pacificación. La mejor expresión de esta era de cataclismo y desamparo la proporcionan los mismos textos indígenas que sobrevivieron a esa catástrofe. Véase *Visión de los vencidos. Relaciones*

19) Burga, Manuel: De la encomienda a la hacienda capitalista. El valle del Jequetepeque de siglo XVI al XX". Lima 1976. p. 70.

20) Malaga Medina, Alejandro: "Estudio preliminar" a la Visita General del Perú por el Virrey D. Francisco Toledo 1570-1575. Arequipa 1976, p. 21.

21) Astrain, s.j. Antonio. "Jesuitas, Guaraníes y Encomenderos. Cepag. Asunción. 1995, p. 48.

índigenas de la conquista, Introducción, selección y notas de Miguel León-Portilla; *El reverso de la conquista*, México, Joaquín Mortiz, 1964; y Nathan Wachtel, *Los vencidos. Los indios de Perú frente a la conquista española* (1530-1570).Madrid, Alianza Editorial, 1976 (22).

Si bien la encomienda fue abolida en 1532, repetida en 1542, siguió persistiendo en razón de la necesidad de fuerza de trabajo, con carácter legal en 1547. Posteriores Cédulas Reales de los años 1696, 1720 y 1735, dispusieron que no se den más indios en encomiendas, el sistema persistió hasta después de la independencia.

Presupuestos básicos de la organización indígena

De todo lo que venimos analizando, éstos son los basamentos en que se asienta la cultura indígena: las relaciones de parentesco, la propiedad, la organización sociopolítica y el control social y sanciones penales.

Entre las primeras resaltan el matrimonio, la familia y el parentesco en todas sus formas.

Entre las segundas, los diferentes aspectos de la tenencia y propiedad de la tierra (23).

Y por último, el control social y las consiguientes sanciones de carácter penal.

Merece recordar algunos aspectos:

Matrimonio: el interés se centra en tres postulados: la perpetuación biológica del grupo, la eficacia de la cooperación subsistencial y la convivencia grupal. El matrimonio es una unión socialmente reconocida para integrarse al determinado orden unificatorio de la comunidad.

---

22) Florescano, Enrique. La formación de los trabajadores en la época colonial, 1521-1750", p. 23, en "La clase obrera en la Historia de México. De la colonia al imperio". Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM. Siglo XXI editores. Quinta edición. 1986.

23) Rivarola Paoli, Juan Bautista. "El régimen jurídico de la tierra Paraguay en los siglos XVI a XIX". T.I. Asunción. 1993 y "Epoca del Dr. Francia y de los López". T. II. Asunción. 2004.

Familia: Predomina siempre la misma finalidad, la endosocialización familiar del nuevo matrimonio, incluida la convivencia con los parientes políticos, la cooperación socioeconómica pautada y la conciencia grupal como base de la sobrevivencia, mediante la descendencia.

Una familia extensa, llamada por algunos también "unida" o "colectiva", es la unión de dos o más familias nucleares, ligadas por el parentesco de sus miembros en una comunidad solidaria, que constituye una residencia común, formando el grupo doméstico con un territorio delimitado o con la propiedad común. La familia extensa implica generalmente una continuidad de tres generaciones, y es, de esta manera, básicamente un entramado de familias nucleares emparentadas.

Otra de las características que esencialmente tipifican las etnias indígenas, el sistema de parentesco como basamento o estructura misma de su organización social, lo que equivale a decir que el parentesco es la forma específica que asume su organización social. Sobre ese tejido social constituido por el parentesco, se levantan numerosas instituciones reguladoras de la conducta social de sus miembros. Así, de la pertenencia a un grupo de parentesco, derivan los derechos y obligaciones de sus miembros, tales como el acceso a la tierra, a la herencia, al intercambio, etc. y es el parentesco el que define y cimenta la cooperación y reciprocidad entre sus miembros. Es el que establece una gradación de reciprocidades que van desde la familia nuclear a la familia extensa y de éstas a la comunidad (24).

Propiedad de la tierra: La propiedad comunitaria de la tierra es de la mayor importancia entre las etnias indígenas, ya que es inalienable, y para ciertas etnias tiene connotaciones religiosas y su ocupación una sanción divina. Para éstas – expresa Oleg Vysokolán -, la tierra no solamente es el medio más importante de producción habida cuenta de que por sus connotaciones religiosas trascienden ese carácter y conduce al indígena a la unión mística con esa tierra y los productos derivados de ella. Al igual que el trabajo y la producción, ellas en su interior, no han asumido un carácter mercantil. En consecuencia, la idea de propiedad, su legitimación ideológica y las relaciones sociales que de ambos se desprenden y se imponen a sus miembros para el uso de la tierra, no solamente son disímiles con las mantenidas, pongamos por caso, el campesinado criollo, sino con la totalidad de la ordenación social

24) Vysokolán, Oleg. "Un enfoque antropológico sobre la Ley 904". Suplemento Antropológico, vol. XVII, n° 2, diciembre de 1982, p. 99.

y económica que asume la sociedad nacional, incluido su propio Derecho y legitimaciones doctrinarias.

La organización sociopolítica y sanciones penales

Cada sociedad que políticamente no constituye un Estado-gobierno -expresa la Dra. Susnik-, se fundamenta en determinados sectores de mutualidad territorial y en el parentesco socioculturalmente categorizado, verdaderos lazos unificatorios y reguladores de la convivencia, es la unidad sociobiológica y sociolocal. La comunidad o un grupo local –bandas, aldeas, vecindad de grupos domésticos dispersos, unidades clánicas-, es esencialmente una asociación de doble carácter: es una asociación territorial con el Derecho a la explotación de los recursos naturales, a la posesión o al usufructo de la tierra y también a la extensión local; y es también una asociación de sus miembros con pautas definidas de una convivencia social, la que básicamente integra tres elementos: esfuerzo colectivo en las actividades subsistenciales y ceremoniales, orden social y paz comunal. La comunidad compuesta de familias extensas, linajes o clanes, es siempre ya una unidad política, no debiendo ésta identificarse con una organización política. Hay tendencia hacia la formación de unidades políticas mayores, cuando se establece una relación intercomunal; tres factores pueden interferir en este caso: el lazo vinculatorio de los parientes diseminados, si es válida la regla exogámica con la obligatoriedad de visitas mutuas; la cooperación subsistencial por el acondicionamiento natural o socialmente pautado; la defensa del territorio frente al enemigo común y la conciencia de un origen mítico participatorio. En estos casos, cada comunidad puede mantener su autonomía económica y social, pero es políticamente asociada con la otra, formándose la conciencia de grupos regionales, mediando ya una regulación política. También en las sociedades con economía potencial, la diferenciación social, pero con un sistema de organización política, es siempre la comunidad como asociación local y coresidencial la verdadera base de la estructura total.

En este contexto –prosigue B. Susnik-, conviene deslindar que intervienen en la constitución de una tribu, pudiendo ser ésta una unidad por una simple conciencia de la semejanza sociocultural étnica extensiva o ya una unidad sociopolíticamente organizada. Los grupos locales reconocen y "sienten" la identidad con quienes hablan la misma lengua, poseen un territorio contiguo y se comportan siguiendo las mismas costumbres socioculturales; los denominativos tribales, a la vez identificadores y exclusivistas, interpretan con frecuencia este concepto de "nosotros, nuestra gente, hombres", diferenciándose del conjunto oposicional de "otros extraños", de conducta sociocultural diferente y consecuentemente disociante. Tratándose de la tribu como

una tal unidad consciente puede haber una solidaridad y también una cooperación circunstanciales, pero no existen ni un consejo tribal político ni una autoridad impositiva o máxima (25).

En las comunidades aldeanas, los jefes –aun careciendo del poder de sanciones penales-, pueden o deben actuar de "monitores" para mantener la cohesión social prosigue la Dra. Susnik.

Empero, en cada sociedad pueden ocurrir actos sociales que son abiertamente infracciones de las normas "legales"; hay una serie de normas compulsivas que definen las conductas prohibidas, con fuerza moral suficiente para prevenir desviaciones que perjudicarán la integridad de un grupo social.

En las sociedades primitivas no hay "tribunales" en sentido propio de la palabra; los "delitos" se consideran como daños cometidos contra los intereses de la cohesión social, contra su orden sociomoral vigente desde la inicial comunidad primigenia, contra la integridad socio-religiosa o contra la unidad socio-territorial; no se dictan "sentencias", pero imponen decisiones compulsivas eficaces para restablecer la armonía social. La responsabilidad y el poder "judicial" corresponden a los "dirigentes" de la sociedad, quienes constituyen un cuerpo deliberativo, normativo y apelativo, pudiendo aplicar sanciones en virtud de su fuerza coercitiva, regularidad representativa y autoridad social.

Entre los Chanés del Alto Paraguay se reconoce y tolera el Derecho de desquite de sangre de los parientes del muerto. El incesto se sanciona siempre con la muerte. Los daños a la propiedad-cosecha, para los cultivadores chanés constituyen un verdadero delito.

Entre los Chiriguano-Guaraní, los cabecillas de los linajes casas comunales, tienen el poder coercitivo dentro de su grupo, los ladrones de cosechas, a veces inculpados como tales por el adivinador-chamán, con expulsados; los adúlteros pierden el Derecho de usufructo del lote cultivable.

El antropólogo León Cadogan publicó unos textos míticos de los Mbyá-Guaraní del Guairá, inicialmente en 1946, donde introduce algunas costumbres sobre Derecho penal, como el homicidio (26).

---

25) Susnik B. Introducción a la Antropología Social (Ambito americano). Asunción, 1988. T (III. Museo Etnográfico "Andrés Barbero", pp. 103/4.

26) Cadogan, León. "Ayvu Rapyta". Biblioteca Paraguaya de Antropología – Vol. XVI. CEADUC – CEPAG. Asunción. 1992.

¿Existe un Derecho Prehispánico?

Dada la profusión de datos y acontecimientos descriptos mas arriba, no nos queda duda de que en las civilizaciones prehispánicas exisen similitudes a lo que la cultura occidental llama Derecho.

Por su parte, el conocido autor francés Francois Chevalier, en una actualización de su obra, sostiene que en el Nuevo Mundo se forma una tierra dominada por un señor y poblada por siervos de la gleba (en este caso indios que no pueden salir de la finca, pero tampoco se les puede echar de ella), una "especie de Derecho consuetudiario no escrito de adscripción, con rasgos señoriales" de lo que la ley no pudo destruir.

Los sujetos de este régimen fueron los yanaconas del Perú y los gañanes en Nueva España. Eran como siervos reconocidos o colonos, según el modelo romano, el cual se introdujo en las Indias a pesar de todas las leyes que reconocían la libertad de los indios. Se trata de una servidumbre admitida por el uso, permitida por la autoridad y consentida –con algunas reservas-, por la doctrina de los juristas, entre los cuales se destacan Matienzo y Solórzano. Este régimen aparece mucho más favorable a los indios que el repartimiento o la mita. Oscila entre la protección y la opresión.

Introduce un pensamiento clarificador al expresar que la "costumbre no escrita permite comprender mejor cómo los sistemas de trabajo... pudieron hacer y seguir vigentes durante varios siglos al margen de la ley". Y agrega: "Casi lo mismo se puede decir de los poderes político-judiciales del terrateniente, admitidos por la costumbre" (27).

Al respecto Jorge Basadre expresa que tiene que haber "en todas las sociedades un tipo de normas demasiado prácticas para ser refrendadas por sanciones religiosas, demasiado complejas para ser entregadas a la simple buena voluntad, demasiado importantes en relación con los individuos para ser puestas en vigor por un agente abstracto. Este es el dominio de la normas jurídicas" (28). Dentro de este orden de ideas, el mundo prehispánico, aun

27) Chevalier, F. "La formación de los latifundios en México. Haciendas y Sociedad en los siglos XVI, XVII. 3ª. Edición (corregida y aumentada). México. Fondo de Cultura Económica, 1.

28) Basadre Grohmann, Jorge. "Los fundamentos de la Historia del Derecho". Lima. Librería Internacional del Perú S.A., 1956, 642 págs.

cuando absolutamente ajeno a aquello que la tradición romanooccidental llama Derecho, podría decirse que tuvo también normas jurídicas.

Sin embargo, para otros, el Derecho es un producto específico de una determinada historia, que es la historia del mundo occidental. Por ello, existen numerosas sociedades sin Derecho que cuentan con mecanismos diferentes de control social, pero se las llama Derecho a estas organizaciones sociales.

"Considerando –dice Trimborn-, que la mayor parte del Derecho de la antigua América consistía, en su mayoría en usos consuetudinarios y que una separación de Costumbre y Derecho es, por tanto, muy difícil; es conveniente dar a nuestra exposición un marco más bien amplio y no estrecho, habiéndose de tener en cuenta, desde luego, que mucho de lo que aparece en nuestro estudio no fue propiamente Derecho auténtico, sino mera costumbre". Este mismo autor indica que el "Derecho" prehispánico –y aquí ya no hay distinción entre la costumbre y la ley– no es un concepto autónomo sino imbricado con la religión y la economía y denuncia el riesgo de que "La simple aplicación de nuestros conceptos jurídicos a las instituciones de los primitivos, casi siempre muy diferentes material y psicológicamente, forzaría las concepciones de aquéllos" (29).

No es que toda organización tenga necesariamente un Derecho, pues de esta concepción surgió la dicotomía entre costumbre y Derecho que mucho se ha tratado en los últimos tiempos. Existen así un Derecho legal y un Derecho consuetudinario. El primero sería propio de los juristas y el segundo de los antropólogos jurídicos.

La diferencia entre costumbre y ley no es crucial -expresa Fernando de Trazegnies Granda- no se encuentra en el centro del problema, sino que es una de las tantas manifestaciones periféricas de un problema más profundo. La diferencia fundamental entre el Derecho prehispánico y el occidental no se encuentra en los medios utilizados para regular la sociedad sino en el espíritu de la regulación, en las lógicas sociales que inspiran la asociación de los hombres y la forma de mantenerla, de conservarla, con la ayuda de una cierta coacción. En otras palabras, no estamos ante un problema de forma de la normatividad –que puede plantearse en términos de ley o de costumbre-, sino de contenido y alma de esa normatividad, ya sea que se exprese a través de la

29) Trimborn, Hermann. "El Delito en las Altas Culturas de América (1936)". Lima. Universidad Mayor de San Marcos. 1968, pp. 19/20.

ley o de la costumbre. Si analizamos esos medios sociales que los antropólogos consideran que se rigen por la costumbre o esos otros medios sociales en los que la responsabilidad de la asociación es atribuida a la ley, observaremos que, más allá del origen y de la expresión de la normatividad, hay diferencias de espíritu tanto entre los distintos tipos de poderes legales como en los órdenes consuetudinarios que hacen difícil agrupar todo ello dentro de un mismo concepto de Derecho.

El mismo autor concluye que no quizá existen sociedades *puramente* regidas por la costumbre ni sociedades *puramente* regidas por leyes. Incluso dentro del mundo del Derecho Occidental – que se caracteriza usualmente por el hecho de estar gobernado por las leyes – encontramos también una influencia importante de la costumbre. Por tanto, no puede decirse que el campo de la Antropología Jurídica se refiere a la costumbre mientras que el campo de la Ciencia Jurídica se refiere a la ley. En realidad estas disciplinas tienen dos perspectivas diferentes respecto a un mismo objeto. Ambas estudian la costumbre y los mandatos personales o institucionales; pero la Antropología lo estudia desde un punto de vista explicativo, mientras que el Derecho lo hace desde un punto de vista normativo.

Sin embargo, es cierto que muchas veces al antropólogo –así como al historiador que asume un concepto antropólogico del Derecho–, le falta una serie de instrumentos de comprensión que son propios de la Ciencia Jurídica; y, por consiguiente, cuando se trata de entender el llamado propiamente Derecho, el antropólogo –o el historiador-antropólogo– no tiene las herramientas necesarias para ello. Esto no significa que el jurista lo describa mejor, porque su descripción tiene siempre un fin normativo y una naturaleza polémica. Significa, más bien, que los antropólogos tienen que tener una formación sólida en Derecho si quieren hacer Antropología Jurídica; como los juristas deberían estudiar siempre algo de Antropología, si quieren entender mejor lo que están haciendo. Muchos de los malentendidos entre la Antropología Jurídica y la Ciencia Jurídica se basan en la ignorancia recíproca que se profesan (hasta con orgullo) y también en un temor reverencial recíproco que hace aislarse más a las dos disciplinas y, que, defensivamente, tienden a tomar una actitud agresiva y despectiva una contra la otra.

En realidad, el intento –posiblemente vano – de encontrar un Derecho en toda sociedad, responde quizá a dos tendencias de origen diferente, que confluyen en este punto. De un lado, se encuentran los partidarios de una cierta filosofía idealista que considera el Derecho como una forma natural de la sociedad o como una estructura de la mente; así, el Derecho es un fenóme-

no universal porque es consubstancial al hombre mismo. De otro lado, se encuentran los cultores de una cierta antropología respetuosa del pluralismo cultural pero que, por el temor de que se identifique el Derecho con la vida civilizada y que consecuentemente se considere que las sociedades sin Derecho son todavía salvajes o primitivas, pretenden defender el carácter civilizado de las sociedades no occidentales abonando la tesis de que esos pueblos participan también de la idea de Derecho; y dentro de esta línea de preocupación se esfuerzan por otorgar una formulación universal al fenómeno jurídico que permita comprender medios de control social diferentes de los propios del Derecho occidental.

Sin embargo, tal concepto genérico del Derecho parecería que sólo puede obtenerse a costa de vaciarlo de todo contenido.

Pero ¿acaso podemos encontrar un encadenamiento similar entre el Código Civil y el Derecho prehispánico? Este último y el Derecho moderno no descienden de un mismo Derecho común. El mundo prehispánico y el mundo occidental no forman una familia, no derivan de un mismo tronco y, por tanto, no se les puede atribuir parecido de familia.

Cuando cruzamos ciertos umbrales, cuando abandonamos la casa paterna de la tradición occidental –prosigue el mismo autor–, ahí afuera, por esos territorios no occidentales, las cosas son fundamentalmente diferentes y ya ni siquiera tienen los mismos nombres ni los mismos orígenes. Frente a sociedades como las existentes en el Perú prehispánico, nos encontramos intelectualmente desarmados: categorías como propiedad, usufructo, familia, parentesco, locación de servicios, se nos caen de las manos. El jurista se siente en un país extranjero, con lenguaje diferente, con instituciones que visten atuendos exóticos, que viven dentro de construcciones teóricas extrañas, en medio de una organización de valores cuya coherencia y sistema son elusivos para la mentalidad jurídica contemporánea.

El problema es que, desde el punto de vista práctico, necesitamos encontrar un criterio que nos permita, dentro de la Historia del Derecho, trabajar en su versión guaraní esos temas que ahora resuelve el Derecho.

En otras palabras, tenemos que encontrar la forma de que la Historia del Derecho pueda “connotar” – es decir, notar o referir conjuntamente- lo que llamamos Derecho moderno con los sistemas de control social prehispánico.

El autor sugiere las bases para una historia del Derecho que deben encontrarse, no en ciertas formas de organización social uniforme a través de la historia, sino de ciertas necesidades sociales cuya satisfacción es organizada de múltiples contradictorias formas por cada sociedad en particular. De la misma manera como todas las sociedades necesitan organizarse para producir y distribuir bienes, pero cada sociedad resuelve estos problemas a su manera con una organización social que le es típica; así también, todas las sociedades necesitan prever ciertas pautas imperativas de organización, como la reproducción de la vida, la apropiación y transformación de los recursos naturales, las condiciones indispensables para la vida en grupo y la solución de conflictos, la sanción de las conductas socialmente indeseables.

Esas formas diversas de organización que se encargan de resolver tales necesidades comunes pueden-con precaución- ser incluidas dentro del estudio de la Historia del Derecho. Cuando la sociedad en cuestión haya previsto normas autónomas para regular la satisfacción de estas necesidades, nos encontraremos ante un Derecho autónomo y el objeto de estudio de la Historia del Derecho tendrá una mayor especificidad con lo que la propia Historia del Derecho constituirá más propiamente una disciplina específica en sí misma(30).

Doquiera que los europeos se establecieron –expresa W. Borah– en número considerable entre poblaciones aborígenes, las cuestiones del Derecho y la costumbre presentan aun más graves dificultades de adaptación (no digamos de justicia). Decir qué es en sí el Derecho aborigen, no es empresa fácil(31).

"El concepto de normas consuetudinarias es completamente extraño a la cultura indígena de los grupos que habitan el territorio paraguayo", expresa Gustavo Laterza. No existe distinción entre "normas consuetudinarias" y de otra índole. Es nuestra lógica occidental, la que "instituye esta clasificación". No obstante, opina que como toda sociedad se rige por normas de conducta, y algunas son jurídicas, es válido hablar de "normas consuetudina-

30) Trazegnies Granda, Fernando de. "El Derecho Prehispánico. Una aproximación al estudio de la Historia del Derecho en las culturas sin Derecho", en Revista Historia del Derecho. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. N°30. 2002. Buenos Aires, pp. 307 y sgtes.

31) Borah, Woodrow. "El Juzgado General de Indios en la Nueva España". F.C.E. México, 1985, p. 15.

rias". Pero ésta es "una categorización lógica occidental que no existe en las culturas indígenas".

El juez no podrá recurrir al "Derecho consuetudinario" indígena para distinguir si los actos son del fuero moral o del fuero jurídico, "puesto que allí no se contemplan esas categorías". En las culturas indígenas la praxis histórica genera las normas de una manera distinta a las que se engendran en la nuestra (32).

Una importante aportación al estudio jurídico es la del grupo encabezado por Bartomeu Meliá sobre los Pai Tavyterã, donde se estudia la fundamentación religiosa y cultural de las normas (Teko Katu, Teko Porä, Ñande reko, etc), y la autodenominación étnica, la propiedad, el liderazgo, la familia, y la Justicia.

Si bien Esther Prieto editó un comentario crítico a la Ley 904/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas, no es nuestro propósito referirnos a la legislación actual propiamente dicha, pero sí rescatar algunos aspectos generales que hacen a este trabajo. Así asegura que mediante un artículo de dicha Ley (Art. 2°), se reconoce competencias y prerrogativas para aquellos miembros de la comunidad que tienen a su cargo la administración de sus normas. Las autoridades indígenas, pero la dificultad surge, cuando en el Art. 5°, se dispone que "Las comunidades podrán aplicar, para regular la convivencia, sus normas consuetudinarias, en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público". Y esto se presta a innumerables comentarios que trascienden el marco de este trabajo, como ser: que existen dos órdenes normativos que coexisten, siendo el orden público normas jurídicas impuestas por el poder estatal. Lo mismo sucede con la tenencia de la tierra, cuando el Estatuto asume que ésta no es bien negociable y que la misma se les transferirá en forma gratuita e indivisa. Sólo en caso de duda, favorecerá al indígena, atendiendo a su estado cultural y a sus normas consuetudinarias", trasladando a estas últimas la solución del problema (33).

Para el antropólogo, Miguel Chase Sardi, que intentó el estudio del Derecho consuetudinario indígena, valiéndose más del Derecho que de la an-

32) Laterza R., Gustavo. "Evolución jurídica en las Comunidades Indígenas del Paraguay". Suplemento Antropológico, XVII, Asunción. 1982, pp. 63-5.

33) Prieto, Esther. "Algunas consideraciones sobre el Estatuto de las Comunidades Indígenas". Equipo Nacional de Misiones. Conferencia Episcopal Paraguaya. Asunción, 1987. pp. 51 y ss.

tropología, se rescatan algunas referencias de autores citados por dicho autor, que escribieron sobre el tema.

Al inicio realiza un repaso ligero a la costumbre y la ley, el Derecho y el Estado, las costumbres legales y la religión, diferencia entre Derecho y costumbre, y el concepto de fuentes del Derecho, la costumbre, elementos, clases, prueba, etc. y el orden público (34).

Otros antropólogos hicieron algunas consideraciones puntuales sobre la ley, ignorando lamentablemente toda nuestra historia pre y post hispánica, tan rica en valiosas investigaciones completamente soslayadas sobre la suerte del indígena, y el contexto social y cultural que le cupo vivir (35).

De poco vale pues, sostener algunas consideraciones que el Estatuto Indígena, reconoce la básica relación que existe entre cultura y territorialidad (Regehr, 1982, p. 221), o que las fuentes del Derecho consuetudinario en las etnias indígenas parecen ser dos: el parentesco y la religión (Robins, 1982, p. 47) y de otros abogados que afirman que los legisladores paraguayos convirtieron en Ley el Derecho consuetudinario de las etnias indígenas, para lo cual recomiendan que la pauta para compaginar cada cuerpo de normas de cada una de las etnias con el Derecho paraguayo, debe surgir de una amplia investigación científica, en la cual participan equipos de juristas, sociólogos y antropólogos, y muy por sobre todo, calificados informantes indígenas (36).

La Dra. Susnik, la más completa investigadora de antropología, que tuvo el Paraguay en las últimas décadas, a quien también vemos siguiendo en sus apreciaciones, completa su pensamiento en otros trabajos, donde sostiene que en lo que se refiere al Derecho consuetudinario lo expuesto en los Capítulos III. Sociedad de Hombres e Iniciación y V, Jefe Guerrero y Jefe Comunal(37).

---

34) Chase Sardi, Miguel. “El Derecho Consuetudinario Indígena, y su Bibliografia Antropológica en el Paraguay. Biblioteca Paraguaya de Antropología Vol. 6. Universidad Católica. Asunción, 1990.

35) Chase Sardi, Miguel. ¡Palavai NUU!. Etnografía Nivaclé. Tomos I y II. Centro de Estudios Antropológicos de la Universidad Católica (CEADUC). Biblioteca Paraguaya de Antropología. Vol. 45. Asunción. 2003.

36) Seelwische, J; Chase S.M; Fernández Gadea, C.; y Vázquez, M. “Pautas Generales de interpretación de la Ley 904/81”. 1982, pp. 123/4.

37) Susnik. Branislava. Estudios Chamacoco. Asunción. 1957.

En otro de sus valiosos trabajos explica: Sólo deseo destacar algunos puntos conceptuales que directamente atañen a la fase de la transición socio-cultural de las comunidades: Nos enfrentamos con dos realidades culturales indígenas, la originaria –psicomentalmente siempre latente – y la actual, enfatizada por el Derecho reconocido a la tierra-colonia, con la implícita actitud psicomental de expectativa o ya directamente de desorientación, causa del descontrol social. Son dos vivencias culturales distintas: la culturo-ecológica y la culturo-ambiental; la primera espontánea y algo uniforme, la segunda simplemente adaptativa, dirigida a veces abierta o encubiertamente. En ninguno de los casos puede aplicarse el concepto de "Derecho consuetudinario", excepto que se trate de una metáfora útil, utilitaria y utilizable. Explicaré:

1. Control social originario

a) El parentesco es más real para los indígenas que la sociedad como una entidad social; la familia extensa, el linaje o el clan son preferidos como grupos de seguridad social. Las ofensas y las mismas infracciones se consideran como daños infligidos principalmente al grupo de parentesco antes que como crímenes contra la sociedad.

b) Las relaciones entre los miembros de la comunidad son directas o íntimas; las pautas culturales relativamente escasas establecen la conducta a observarse y también definen las normas ideales El temor a castigos sobrenaturales y los tabúes abarcan una extenza zona del comportamiento social. Si se hablara del Derecho primitivo, emanado de la cultura, debiera hablarse del principio de reciprocidad, de las relaciones reciprocales entre los miembros de la comunidad, base del orden social, donde por nada interviene el principio moderno de la relacionalidad por contrato social. Retirar a alguien este Derecho y deber de "reciprocidad" significa su marginación, identificada con la muerte económica, social y ritual. El Derecho primitivo, así emanado de la pauta de reciprocidad consiste en el lineamiento tácito de conducta, en encauzar el orden social en casos de emergencia, de desequilibrios externamente o internamente provocados y también en definir algunas nuevas relaciones sociales al ir cambiando las condiciones subsistenciales como lo hicieron las tribus ecuestres de la época colonial.

c) El control social implica siempre sanciones sociales: éstas no pueden identificarse – en las culturas originarias – con las categorías occidentales como puede observarse en los casos de infracción de normas o "delitos"; la regla occidental pone énfasis sobre la responsabilidad individual del deli-

to; las sociedades primitivas consideran la aplicación de sanciones desde otro punto de vista. Ejemplo: la venganza por sangre no es dirigida sólo como castigo del individuo culpable, sino orientada a reestablecer las relaciones de desequilibrio; un hombre del mismo clan o de la misma agrupación por parentesco puede ser objeto de aplicación del "precio de sangre", si bien no fuera el directamente culpable. Y la venganza por sangre pudo convertirse en simple "precio de sangre" – la indemnización por tantas ovejas -, cuando así se presentaban los intereses económicos de los damnificados. El delito sociocultural máximo es la muerte por brujería, hasta hoy en conciencia viva entre los Mbyá-Guaraníes; en este caso ya interfiere el verdadero rito de castigo contra el inculpado, contra su familia y contra sus secuaces. Las infracciones que perturban el orden social, nunca se resuelven de inmediato; no importan "las pruebas" –en nuestro sentido; importa la expectativa– espera del daño causado y no el hecho en sí y por sí mismo y con frecuencia se recurre a la misma adivinación del culpable real o ficticio, pero considerado causante del desequilibrio social. Las ofensas interpersonales abundan en las comunidades primitivas; pero en este caso, el ofensor y el ofendido deben decidir su pleito en una lucha en duelo libre, por fuerza física, quedando la comunidad como una observadora pasiva del desenlace, siempre que dichas relaciones no atañan al orden de reciprocidad comunal. No existe una autoridad institucionalizada como ejecutora de las sanciones sociales; es la reacción de la comunidad en resguardo del orden normativo.

1. Comunidades modernas

a) El cambio sociocultural de los indígenas es indiscutible, pero está basado esencialmente en la adaptación subsistencial a la aculturación material, con algunos ajustes dentro del mismo ámbito. La desorientación psicomental es, empero, no solamente latente sino abierta. La interacción del ambiente cultural blanco es fuerte por su presencia y por su substancia, motivos que orientan la volición de los individuos y de los grupos. Entre algunos grupos tribales hay un gran porcentaje de mestizos biológicos, socialmente indios, pero sin pautas tradicionales fijas. Se crearon las colonias-comunidades; la legislación nueva (se refiere a la Ley 904 Estatuto de las Comunidades Indígenas) define la protección del indígena dentro del sistema del Derecho del Estado, la planificación estructural económica es dirigida a través de algunos líderes formados de cada grupo tribal; de hecho, estas contribuciones son positivas. Empero: la problemática psicomental de los indígenas se descuida – prosigue la Dra. Susnik - ; uno de los principales puntos es precisamente lo que se tituló como. "Las costumbres como reguladoras de las relaciones sociales en la comunidad".

b) Ya no se trata de simples relaciones reciprocales, eficientes en las comunidades de cierto tipo culturo-subsistencial; se impone tácitamente el Derecho basado en la reciprocidad a base de acuerdos y decisiones de los intereses de una comunidad-sociedad de por sí. La colonia no es la antigua comunidad, ni puede identificarse con la misma; surge el impacto socio-psicológico entre dos diferentes módulos del control social y también entre las nuevas sanciones sociales que nacen por las circunstancias nuevas del funcionamiento. Interviene una cultura de producción, de dinero, donde las antiguas reglas de reciprocidad a base de parentesco se vén afectadas por el individuo familiar, productor o ganador. Esto de por sí implica la necesidad de elaborar un Reglamento interno del control social que contemple este fundamental cambio del concepto de reciprocidad.

c) De esta manera se crea también la problemática de la responsabilidad comunitaria, individual y extensivo-grupal; es un impacto entre el antiguo control social y el nuevo a través de una sistemática aplicación de fuerza de una sociedad políticamente organizada. El indígena es ciudadano paraguayo y, por ende, no sólo tiene derechos o privilegios; paso por alto los "sloganes" interesados sobre la "raza oprimida" sino también deberes; la comunidad – colonia indígena es reconocida y formalmente integrada en el complejo económico de país. Empero, ¿cómo el indígena individual entiende su Derecho y su deber?; ¿cómo la comunidad –colonia psicomentalmente interpreta las nuevas obligaciones y los nuevos derechos? Como el individuo y la comunidad reaccionan frente a este impacto de las antiguas costumbres reguladoras – ya por ellos mismos sólo recordadas en casos oportunistas – y la necesidad de un nuevo control social. Los nuevos líderes son siempre impuestos, cuando hay cambios culturales; el gentío reacciona con la simple expectativa. No se debe manejar los supuestos derechos consuetudinarios al libre antojo, cuando la misma sociedad indígena busca el equilibrio para sentirse integrada como una comunidad libre, sentirse igualitaria frente a cualquier otra comunidad moderna del país; pero siempre necesita traspasar el conflicto entre el Derecho por reciprocidad personal y el Derecho por reciprocidad del contrato social; tal conflicto, entiendo yo, solamente puede resolverse con una instrucción que equipara derechos y deberes. La antigua regla de reciprocidad en las comunidades indígenas implicaba ambos aspectos, y a veces, los deberes de observancia predominaban sobre los derechos de reclamación.

d) Surgen así dos clases de problemática: definir el Derecho de reciprocidad, ya basado en contrato social, y el Derecho del indígena como ciudadano paraguayo; será un lento proceso de integración psicomental y a la vez, un proceso de dignificación social del indígena y de la comunidad indígena.

e) También se presentarán los problemas de simple Derecho penal, lo que a veces se considerará bajo el término de "orden público", ¿Como se resolverán los delitos contra la vida (asesinato, aborto, infanticidio, abandono de ancianos) contra las personas (agresiones, brujería), sexuales y contra la familia (adulterio, incesto, prostitución, abandono de familia), contra la propiedad (hurtos, robos, distribución impositiva de lotes de cultivo, participación en las ganancias, etc.?).

Estos son los problemas que sienten los indígenas. Los indigenistas tienen el deber de dar orientación: ninguna comunidad es libre mientras depende del simple tutelaje; no se puede jugar con un estancamiento tutelado contra la misma volición, muy desorientada por cierto, de los indígenas; sólo la instrucción llevará a la dignidad social del individuo y de la comunidad indígena(38).

En forma esquematizada, Mirna Vázquez intenta "mediante el análisis de las disposiciones legales que rigieron las relaciones del indígena con la tierra y de sus implicancias socioculturales económicas", una historia de la Legislación Indigenista Paraguaya (39).

Sociedad Indígena y Sociedad Nacional

Por su parte -expresa Augusto Roa Bastos-, la debilidad y rápida declinación de la cultura nacional, ¿no está marcando a su vez el hecho de que la misma sociedad nacional, por lo menos en sus estratos más oprimidos y expoliados, se encuentra en un proceso análogo a la destrucción de los grupos indígenas?

En efecto éste es el reproche que se ha formulado más de una vez a antropólogos y etnógrafos, por parte de quienes no han evaluado en toda su magnitud las causas y relaciones del fenómeno: el cargo, evidentemente injusto, de privilegiar con sus testimonios y denuncias la inhumana situación del indígena ante la no menos inhumana situación del campesino paraguayo sin tierra, sumido en el más extremo desamparo, y que, por añadidura, no

38) Susnik, Branislava. "Realidad Socio-Cultural de las Comunidades Indígenas". Suplemento Antropológico. Universidad Católica., vol. XVII, n° 2, diciembre 1982, pp. 67/70.

39) Vázquez, Mirna. "Historia de la Legislación Indigenista Paraguaya", Supl. Antrop. Vol. XVI, n° 2. 1981, pp. 93 a 103.

cuenta siquiera, como el indio, con el apoyo de una cohesión tribal y cultural que se mantiene hasta el fin.

A esto responde el propio Meliá de una manera irrefutable, que el proceso presenta analogías y semejanzas alarmantes con la muerte y el fin de la cultura de los Guaraní. Se diría que la amenaza de muerte que pesa sobre los indígenas como minoría étnica, se extiende actualmente sobre toda la sociedad nacional, en razón del establecimiento de la dependencia económica por la vía de un ritmo de desarrollo muy superior por parte de la dominación invasora. Melía propone que "lo que hay que analizar, llegado a este punto, es si el Paraguay está o no en un proceso de colonización, y si éste es de tal envergadura que ponga en peligro su identidad nacional". Melía responde afirmativamente con toda claridad y precisión denominando "laboratorio de extensión colonial" al que Brasil ha implantado en las regiones fronterizas del Paraguay como mecanismos de un sistema colonial en expansión, que puede llegar a constituirse en modelo. Luego caracteriza el conjunto de acciones de la nueva colonización en los siguientes términos:

1. Ocupación física de tierras.

2. Imposición de un determinado tipo de economía.

3. Marginación creciente de la población paraguaya.

4. Neutralización política de las fuerzas nacionales a cargo de élites apátridas.

5. Asimilación cultural.

Hace notar asimismo que el encadenamiento y concomitancia de estas acciones configuran el cuadro típico del etnocidio de las sociedades y pueblos indígenas y, citando a Darcy Ribeiro (Fronteras indígenas de la civilización. México. Siglo XXI. 1971) afirma que son fundamentalmente las mismas acciones que han estado "acarreando a las poblaciones indígenas condiciones cada vez más precarias de supervivencias biológica y de existencia como etnias autónomas".

Y concluye el mismo Melía que las similitudes que he creído poder señalar entre el proceso de las etnias indígenas y el proceso paraguayo no constituyen equivalencias que deben ser tomadas al pie de la letra. El Paraguay, con su historia y con su constitución de nación independiente latinoamericana, presenta factores que rebasan el modo de ser de una etnia autóctona, y puede ser capaz de desplegar un dinamismo histórico que los grupos

indígenas perdieron en gran parte. De todos modos, las similitudes establecidas en ambos procesos no pueden dejar de incitar a una seria reflexión a quién esta preocupado por el futuro del Paraguay" (40).

Los primeros cuerpos legales sobre el Indígena.
Los Justos Títulos

En virtud de los "*Justos Títulos*", el título legítimo de las tierras descubiertas por Colón, no es otro que el romanista del descubrimiento y posterior ocupación con la legitimación de las Bulas o Letras Apostólicas de Alejandro VI. "Pero y todos -dice Segretti-, aceptan como legítimos tal título y así se levanta, en torno a este problema, la más formidable polémica (41). Por vez primera en la historia, un pueblo conquistador pone en tela de juicio la legitimidad de su conducta.

Las Leyes de Burgos y las Leyes Nuevas. Influencia sobre los indios

La llamada "*leyenda negra*", como se sabe, tuvo su origen en la comunidad dominica de la Isla Hispaniola (actual República Dominicana); fue uno de sus frailes, Antonio Montesinos, quien en un domingo de adviento de 1511 echó en cara a los colonos los maltratos y vejaciones a que sometían a los indios. Y fue otro miembro de esa comunidad, Bartolomé de las Casas, un clérigo que, quizás tocado por esa misma homilía, decidió renunciar a su encomienda e ingresar al convento, quien llevó ante la Corona española el problema de la explotación indígena y escribió para ello un libro que es como la piedra angular de la "leyenda negra", la *Brevísima descripción de la destrucción de las Indias* (42).

También a raíz del fracaso del principio de que los indios se repartan en pueblos y vivan en armonía con los españoles según las Instrucciones al Gobernador Ovando de 1503, ya que aquellos huían aterrorizados por el trata-

40) Roa Bastos, Augusto (comp.). "Las Culturas condenadas". Siglo Veintiuno. Tercera edición. México. 1987, pp. 15/17, en donde se insertan valiosos estudios de Cadogan, Melía, Münzel Bartolomé, Belaieff, Susnik, Grünberg, Chase-Sardi, Clastres, y Münzel.

41) Segretti, Carlos A. "Mariano Moreno y la independencia", en Boletín del Instituto de Historia Argentina "Doctor Emilio Ravignani". Año V. Tomo V (Segunda serie). Buenos Aires.1949, pp. 5 y ss.

42) Di Stefano y Zanatta, Loris. Historia de la Iglesia Argentina. Desde la Conquista hasta fines del siglo XX". Grijalbo Mondadori. Buenos Aires. 2000, p. 13.

miento cada vez peor que recibían, fue cuando la Corona, a fines de 1503, se decidió a aprobar una forma de trabajo forzoso que combinaba los intereses económicos de la colonia con el supuesto bien espiritual de los indios, es decir la *encomienda*.

El sacar a los indios de sus moradas para servir a los encomenderos por largas temporadas apenas armonizaba con un programa de urbanización expresa Magnus Mörner. Las Ordenanzas Reales sobre los Indios de 1512 que se conocen como las Leyes de Burgos, trataban de solucionar el dilema. Observan que los naturales, al regresar a sus lejanos asientos, pronto olvidaban las costumbres y "cosas de nuestra fe", que habían aprendido durante su servicio. Por lo tanto, debían mudarse "cerca de los lugares e pueblos de los españoles" para tener con ellos "conversacción contynua" para aprender más pronto y no olvidar "las cosas de nuestra santa fe". Los encomenderos los establecerían en aldeas, cada una formada por cuatro bandas de a cincuenta indios, con sus labranzas respectivas.

Las antiguas moradas debían ser quemadas para privar a los indios del deseo de regresar allí (Muro Orejón (1957), pp. 418-421 et passim. V. también Borges (1960), 222-223, 422 y Hanke (1949), 34-37. Las Leyes de Burgos, con su espíritu helado subrayan la convicción de la junta de juristas y teólogos que las habían preparado de que el "buen ejemplo" de los españoles era el medio principal para la cristianización del indio.

Aunque las Leyes Nuevas de 1542-1543 fracasaron en su intento de abolir la encomienda, la Corona lograba imponer poco a poco un sistema de control que anulaba el poderío local de los encomenderos sobre la masa indígena. En 1549 fue prohibido que los nativos pagasen su tributo a los encomenderos en servicio personal (43).

En cuanto a las *Leyes Nuevas,* se dice que Las Casas tradujo la bula al castellano, expresa Clarence H. Haring, envió copias a muchas partes de las Indias y cuando volvió a España en 1539, contaba con el apoyo de un nuevo aliado: el Papa. Según parece, se debió en parte a influencia suya que en los años 1542-43, luego de largas discusiones, se promulgaran las famosas Leyes Nuevas de Carlos V, las *Leyes y ordenanzas nuevamente hechas por S.M. para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los*

43) Mörner, Magnus. "La Corona Española y los Foráneos en los Pueblos de Indios de América". Instituto de Estudios Ibero- Americanos, Estocolmo, Suecia. 1970, pp. 22 y 162.

Indios, las cuales sellaron con la aprobación real las bulas de 1537, por perturbadoras que éstas hubieran parecido en su momento.

Luego de dictar normas referentes a las funciones del Consejo de Indias y de las audiencias americanas, las Leyes Nuevas se ocupaban en especial de la condición de los aborígenes. Nuevamente se declaraba allí que los nativos americanos eran libres y vasallos de la Corona castellana., y que de ninguna manera podía hacerse uso de ellos contra su voluntad. Las Leyes Nuevas prohibían en adelante esclavizar o marcar a los indios bajo ningún pretexto, así fuese como prisioneros de guerra y ordenaban poner en libertad a los esclavos cuyos amos no pudieran probar su título de tales. Vedaron igualmente el otorgamiento de toda nueva encomienda en circunstancia alguna. Los colonizadores que hubiesen maltratado a sus indios y todos los eclesiásticos, órdenes religiosas y funcionarios reales, entregarían inmediatamente sus encomiendas y no volverían a poseerlas.

Las Leyes Nuevas de 1542 y decretos posteriores abolieron esta clase semisierva, por incompatible con el principio de la libertad de los indios. Los yanaconas no podían ser entregados en encomienda, ni prestar servicios sino por su propio y libre deseo y por salarios razonables *(*44).

Al respecto Silvio Zavala anota que el 20 de noviembre de 1542, se promulgaron en Barcelona las Leyes Nuevas, que contenían preceptos sobre la "manera de los descubrimientos" y complementadas en Valladolid el 4 de junio de 1543. Pero la falta de comunicación entre España y la provincia paraguaya impidió que tuvieran repercusión inmediata en esta gobernación. Parece que el texto embarcó en las naves de Sanabria llegadas a la costa en 1551; que arribó a Asunción entre los papeles del Obispo Fernández de la Torre, en las postrimerías del gobierno de Irala; que en 1558 no estaba aún en vigencia, pues ese año el Padre Martín González pidió el cumplimento al gobernador Francisco Ortiz de Vergara, pero éste se negó a concederlo porque no había llegado a su conocimiento por el conducto legal y lo consideraba inaplicable en el Paraguay.

Es cierto que se habían derogado algunos de sus capítulos a causa de la resistencia que opusieron los conquistadores y pobladores de Indias, pero buena parte del código seguían en vigor (45).

44) Haring, Clarence C. "El Imperio Hispánico en América". Solar/Hachette. Buenos Aires.1966, pp. 65/66.

45) Zavala, Silvio. Orígenes de la Colonización en el Río de la Plata". Editorial de El Colegio Nacional. México. MCMLXXVII, pp. 32, 37, 79 y ss.

Según Ots Capdequí, se impuso poco a poco en el contenido de las capitulaciones, una tendencia a la uniformidad y se dictaron normas reales complementarias, en las que se acusaba una verdadera política de población que tiene manifestaciones destacadas en la Real Provisión del 17 de noviembre de 1526 y las Leyes Nuevas de 1542 y que alcanza su expresión más alta y sistemática en las célebres ordenanzas de Felipe II, de 1573, incorporadas más tarde a la Recopilación del año de 1680 (46).

La Corona española –dice James Lockhart–, promulgó las Leyes Nuevas (reformadas en 1545-1546) a instigación de hombres humanitarios y con el propósito principal de impedir el surgimiento de una aristocracia poderosa en las colonias. No debían otorgarse nuevas encomiendas, las encomiendas no serán hereditarias, e incluso quienes ejercían cargos oficiales menores no debían ser encomenderos. Sin embargo cuando se sugería algún cambio en el sistema de encomiendas, los españoles del Perú replicaban con curiosos argumentos circulares, los cuales meramente describían el sistema tal cual estaba; la situación de los encomenderos era tan importante que la vida era inimaginable sin ellos (47).

Sin embargo hubo algunos como Miguel de Arcos O.P., que cree que no sólo es justo hacer la guerra a los indios, sino que el Papa y la Corona española están *obligados* a hacerla. Un argumento principal, dice Arcos, es que los cristianos están obligados a dar la "limosna de lumbre y doctrina" a los que no la tienen. La segunda parte del tratado describe el método para someter a los indios (48).

La tierra del Indígena

Desde el primer momento, comenta Ricardo Levene, la legislación indiana contempló y respetó el Derecho de propiedad de los indígenas anterior a la conquista (49).

---

46) Ots Capdequí, José María. "El Estado Español en las Indias". F.C.E. México. Cuarta reimpresión. 1975, pp. 17/18 y 24.

47) Diego Fernández, Historia del Perú, I, 128, cit. por Lockhart, James. "El mundo hispanoperuano 1532-1560". F.C.E. México. 1982, pp. 14 y 33.

48) Arcos, Miguel de. "Parecer mío sobre un tratado de la guerra que se puede hacer a los indios, 1551(?)". Manuscrito original en la Biblioteca provincial y universitaria (Sevilla), Ms. Vol. 333. Fol. 192-195 v. transcripto en Hanke, Lewis, "Cuerpo de documentos del siglo XVI". F.C.E. 1977, pp. XVII y sgtes.

Por su parte, Mariluz Urquijo expresa que la Corona reconoce la legitimidad de la propiedad anterior a la conquista, y se apoya en el requerimiento de 1513, destinado a leerse a los aborígenes de las tierras que acaban de descubrirse. Por ejemplo, en la capitulación firmada en 1520 con Bartolomé de las Casas para la colonización del Oriente venezolano se lee que las Casas y sus compañeros tendrán la plena propiedad de las tierras que compraren a los indios(Federico Brito Figueroa. *El Derecho de propiedad territorial en la época colonial*, en Revista de Historia, n° 17, Caracas, julio de 1963, p. 49), y cuando se examina la conducta observada por Pizarro durante la conquista del Perú se le imputa haber repartido tierras que eran de los indios (R.C. del 14-IX1567. En Richard Konetzke, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, t. I. Madrid 1953, p. 424. Véanse una relación de varias disposiciones tendientes a proteger la propiedad indígena en Antonio de León Pinelo, *Tratado de Confirmaciones Reales*. Con introducción de Diego Luis Molinari. Buenos Aires. 1922, f. 171 v.)(50).

En la Cédula Real de 1571, donde se dan instrucciones al adelantado Ortíz de Zárate, se le indica que una vez elegido el sitio para poblar "proveeréis que se reparta a los poblados no ocupando ni tomando cosa particular de los indios".

El Virrey Toledo relata cómo funcionaba en la realidad dicha cláusula que fuera "sin perjuicio de los naturales".

Habitualmente, el indio carecía de título de sus tierras, pero conseguía retenerlas probando su utilización desde larga data, dice Mariluz Urquijo, y se pregunta ¿cómo jugaron en la realidad americana las leyes protectoras de la propiedad indígena? (51).

Una de las formas de desposeimiento más frecuente fue la que padecieron los indios encomendados. Sus tierras que desde tiempo inmemorial las poseían, quedaban abandonadas al ser llevados por sus encomenderos, y pe-

49) Levene, Ricardo. "Investigaciones acerca de la Historia Económica del Virreinato de la Plata". Vol. I. La Plata. Argentina. 1927, pp. 100/6.

50) Levene, Ricardo. "Manual De Historia Del Derecho Argentino".Cuarta Edicion, Ediciones Depalma Buenos Aires. Argentina. 1969, pp. 487.

51) Mariluz Urquijo, José María. "El régimen jurídico de la tierra en el Derecho Indiano". Segunda edición aumentada. Ediciones Perrot. Buenos Aires. 1978, pp. 24 sgtes.

didas por merced u ocupadas sin titulo por hacendados vecinos. Otra forma encubierta de despojo fue la compra forzada que el indio vendía a vil precio por ignorancia o por temor.

Cualesquiera fueran las formas en la época colonial, las comunidades indígenas sufrieron despojos inauditos después de la independencia de América.

Las primeras Ordenanzas

Interesan a nuestro tema las primeras **Ordenanzas** que en 1556 dicta el Gobernador Domingo Martínez de Irala para el buen tratamiento de los indígenas. Constituyen ellas, el primer cuerpo legal del Paraguay en que el indígena es sujeto de derechos y sirven de punto de partida a las sucesivas Ordenanzas.

En efecto, en 1597 Juan Ramírez de Velasco promulga en Asunción, el 1° de enero de ese año, 48 **Ordenanzas,** con el objeto de reglamentar la formación de pueblos, la evangelización de los indígenas y el servicio del culto, el otorgamiento de tierras para sus sementeras, el sustento de viudas y huérfanos, exención del servicio personal a favor de los caciques y sus hijos, la proscripción de los azotes y el uso de grillos y cadenas, la prohibición de cargar a los indígenas y de la saca de los mismos de la provincia, los rescates y el tráfico mercantil de ellos, y otros asuntos de no menos interés (52).

Las **Ordenanzas** de Ramírez de Velasco, muy completas y avanzadas para su tiempo, tendían a solucionar una situación injusta y hasta angustiosa, y se inspiraban directamente en las **Leyes de Burgos,** de 1512 y en las **Nuevas** de 1542 y 1543.

Por su parte, Hernandarias dictó dos series de **Ordenanzas** en 1598 y el 29 de diciembre de 1603, y entre sus disposiciones ordenó que se hagan reducciones de indios, mandando que tengan tierras, aguadas, montes y los demás necesarios para su buena conservación. Con ello Hernandarias amparaba a los Guaraní que se encontraban alejados de sus pueblos y de sus chácaras para servir a los españoles, en los partidos, pueblos o ciudades de éstos (53).

52) Pastore, Carlos. “La Lucha por la tierra en el Paraguay”, Ed. Antequera. Montevideo 1949, pp. 20/1.

53) Ordenanzas de Hernandarias, en “Revista de Derecho y Ciencias Sociales”. Buenos Aires. 1906. Tomo XXIII., pp. 370-371.

El Obispo Martín Ignacio de Loyola fue el propulsor del primer Sínodo Diocesano realizado en 1603, que se ocupó preferentemente de la evangelización del indígena.

Pero la obra más perdurable en materia de legislación sobre el indígena, se debe a Francisco de Alfaro, Oidor de Charcas, quien dictó el 11 de octubre de 1611, las celebres 86 **Ordenanzas** que llevan su nombre.

Adaptaron las Leyes de Indias a las necesidades de la naciente nación hispano-guaraní. Sus normas rigieron el proceso de ocupación y distribución de la propiedad en el Paraguay durante tres siglos y en la moderna legislación se encuentran todavía reminiscencias de su espíritu, como apunta acertadamente Pastore. Además prohibió el pago del tributo en servicio personal, sino que debían hacerlo en dinero o en fruto de la tierra, el salario que debían percibir los indios de mita, y que no se les pague en yerba; suprimir el sistema de yanaconas y los existentes incorporarse a pueblos y que en estos haya Alcaldes y Regidores indígenas. Dispone que sea los 18 años la edad para comenzar a tributar; que los recién reducidos queden exentos del tributo, encomienda o servicio personal, durante los diez primeros años; no pueden ellos concertarse o conchavarse por más de un año y otras disposiciones de importancia.

Recién en 1679, una nueva Cédula Real reconocía los derechos de los indios yanaconas, pasando a la categoría de los indios encomendados, con todas las leyes que acordaban a éstos. Las tierras de los españoles que ocupaban los yanaconas quedaron, por ley, bajo el dominio del grupo indio a que pertenecía. Sus derechos pasaron así del Derecho de enfiteusis al Derecho de propiedad.

La organización de la nueva sociedad

Se hizo según el modo español. En todas las ramas de la administración pública se implantaron las instituciones españolas. Las cuales se trasladaron a América y vinieron a adaptarse a las condiciones del ambiente.

La organización civil estaba constituida por:

1) el poder central, que era de fundamento divino y representa la prolongación de la Corona. Por ende, tenía el carácter absolutista. Y sufrió modificaciones en el curso de la historia colonial. La más alta dignidad fue el de Adelantado (Siglo XVI), luego siguieron las de Virrey, Gobernador, Capitán General y Justicia Mayor (1598-1782), y Gobernador Intendente (1782-1811).

2) El poder municipal o los Cabildos, en cierto modo de fundamento popular, representaba a los feudatarios y a los dueños de esclavos. En ciertos períodos tuvo una actuación destacada y meritoria. El Consulado y las Audiencias.

3) La organización eclesiástica, estaba constituida por el Obispo, el Provisor, el Vicario General y el Cabildo Eclesiástico. Organismos subsidiarios eran los "Curatos", las "Parroquias", las "Capillas". Además existían las órdenes religiosas con sus conventos (54).

4) Los órganos de gobierno radicados en la metrópoli: Casa de Contratación de Sevilla y Consejo Supremo de las Indias.

5) Organización fiscal y régimen tributario.

6) El Regio Patronato Indiano.

7) Las grandes reformas políticas y administrativas del siglo XVIII.

En cuanto a las Instituciones del Derecho Privado, se encontraban:

a) La regulación jurídica de la familia.

b) La condición jurídica de la mujer

c) El Derecho de sucesión

d) El Derecho de propiedad

e) El Derecho de obligaciones (55).

El Derecho Indiano

Caracteriza el Derecho que se estudia como el propio de las *Indias,* nombre con que en la Edad Moderna se designó a los territorios de América y Oceanía. El Derecho Indiano de raigambre española vigente en América cons-

54) Montalto, Francisco A. "Panorama de la Realidad Histórica del Paraguay". Asunción, 1967, p. 87.

55) Ots Capdequí, José M. "El Estado Español en las Indias". Editorial de Ciencias Sociales, La Habana. 1975.

tituye un sistema único, aunque las normas aplicables procedan unas del Derecho de Castilla, otras del especial de Indias, y aunque una sean de origen legal y otras consuetudinario, jurisprudencial, etc. Mucho más raro es que alguien se dedique seriamente a conocer el pasado jurídico, ser el estudioso del Derecho. Su preocupación se centra más en el carácter romanista del ordenamiento vigente o de algún viejo código para presentarlos como algo original. Y esto se debe a la falta de preparación para adentrarse en el mundo del pasado.

Sólo excepcionalmente se encuentran juristas interesados fundamentalmente por el Derecho que, para conocer y comprender éste en toda su dimensión y profundidad, creen estudiarlo en su origen; conocer las cosas por sus causas, el Derecho actual por el que fue.

Justo es reconocer que hasta ahora han hecho más los historiadores que los juristas por la historia del Derecho indiano, y en consecuencia, que ellos han impuesto a nuestra ciencia su propio punto de vista (56).

Descubierta América, los colonizadores implantaron sus propias leyes, en un primer momento las leyes de la metrópoli, que estaban en vigencia hasta 1492, y las dictadas posteriormente hasta la independencia.

Los textos que utilizaron los españoles en América fueron:

- El *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces* (671), cuya vigencia en Indias no está comprobada. Se ocupa de la elección de los príncipes, sus derechos y obligaciones, y de 12 libros, divididos en 4 Títulos, con 559 Leyes sobre materias de orden civil, penal, procesal y religioso.

- El *Fuero Real* (1254). También uno de los códigos de Alfonso el Sabio. Y consta de cuatro libros: sobre Derecho público, procedimiento, matrimonio, Derecho sucesorio y contratos y el último sobre Derecho y procedimientos penales.

- De las *Siete Partidas de Alfonso X* (1226–1265), se utilizan en Indias hasta mediados del siglo XVI. Entro en vigencia muchos años después, en 1348. Una edición de Gregorio López (1555) fue la más difundida en América. En el Paraguay tuvo prelación sobre las Ordenanzas de Castilla y estuvo en vigencia, en materia civil hasta la adopción del código argentino en 1876

56) García Gallo, Alfonso. “Metodología de la historia del Derecho Indiano”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1971, p. 21.

en que fue abrogado. Su contenido consta en la *primera Partida*, del Derecho natural, Derecho de gentes, ley, uso, costumbre y fuero o Derecho. La *segunda Partida* comprende el Derecho político de Castilla, la institución militar y la enseñanza. La *tercera Partida* se ocupa del procedimiento civil, desde la demanda hasta la ejecución de la sentencia. La Cuarta, a la familia. La Quinta Partida, a las obligaciones. La Sexta, al Derecho sucesorio. La séptima a la materia penal.

- El *Ordenamiento de Alcalá* (1348), dictado en Alcalá de Henares, tuvo una vigencia desde su publicación hasta principios del siglo XVI, ley fundamental del Estado castellano.

- Las *Ordenanzas Reales de Castilla* (1484). Los Reyes católicos depositaron su redacción en Alfonso Díaz de Montalvo este Ordenamiento, que también lleva el nombre del autor. Consta de 1.163 leyes, divididos en capítulos.

- Las *Leyes de Toro* (1505), que fue obra de varios jurisconsultos.

- Las *Leyes Recopiladas (*1567-1805). Fue Felipe II, quien inicio la serie con la *Recopilación de Leyes en estos Reynos*, iniciada en 1567 y reeditada 10 veces hasta 1777, fecha de la última edición. La Novísima Recopilación promulgada por Carlos V en 1805, tuvo poca aplicación en el Río de la Plata. Consta de nueve libros.

- Las *Ordenanzas de Bilbao* (1737). Sus autores no fueron hombres de Derecho, sino comerciantes de la ciudad de Bilbao. Contiene 29 capítulos y 723 números.

Hasta aquí las leyes llamadas de la Metrópoli, pues la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla y León creó la necesidad de una legislación especial. Así nació la *Recopilación de Leyes de Indias.*

Fue ingente la labor recopiladora del siglo XVII. Pero el “Fundador de la bibliografía americana”, fue León Pinelo y autor del *Tratado de Confirmaciones Reales*

Antonio Rodríguez de León Pinelo, su nombre completo, se consagró al estudio del Derecho Indiano y es con Solórzano Pereira, la gran autoridad en la materia, a quien debemos ese monumento de la legislación española para América que es la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, en que trabajó por espacio de 40 años.

Ha pasado tiempo –dice Javier Malagón-, desde que empecé a trabajar en la Política Indiana del Consejero de Indias y oidor de la Real Audiencia de Lima don Juan de Solórzano Pereira, figura sin duda, junto a la del oidor de la Audiencia de la Plata de las Charcas licenciado Juan de Matienzo y a la del licenciado en Derecho por la Universidad de Lima, alcalde mayor de las minas de Oruro y relator del Supremo de Indias, Antonio de León Pinelo, que nos da una visión real y vívida de lo que fueron los reinos de Indias en cuanto a su organización jurídica como parte del Estado español de los siglos XVI y XVII.

El 12 de abril de 1680 el Real Supremo Consejo de Indias elevaba en consulta al monarca Carlos II nueve libros de la Nueva Recopilación de las leyes de Indias, sancionándolas el rey el 18 de mayo de 1680 (57).

Se hicieron varias ediciones y ampliaciones de esta Recopilación hasta el año 1776. Su contenido comprende nueve libros, con 218 títulos y 6.377 leyes y contiene cédulas, provisiones, acuerdos y despachos emanados del rey. Por eso esta Recopilación debe ser completada con las decisiones políticas y judiciales de virreyes, gobernadores, Audiencias y Cabildos.

Fuentes iniciales del Derecho Indiano en el Paraguay

Debemos citar entre las mismas por su contenido y trascendencia a las Capitulaciones de Pedro de Mendoza y Ortiz de Zárate, la Cédula Real del 12 de setiembre de 1537 y del 18 de octubre de 1539,sobre gobierno vacante y elecciones democráticas, y de las sucesivas Ordenanzas de Irala, Ramírez de Velasco y Hernandarias, relativas al indígena. Especialmente las Ordenanzas de Alfaro de 1612, con sus 120 capítulos, sobre la realidad social de la colonia, en el orden económico, judiciario y religioso, y la suerte de los indios.

La Cédula Real de 1617, por la cual se crearon dos gobernaciones, con sede en Buenos Aires y Asunción, condenó al Paraguay a su enclaustramiento. Desde entonces se vive de espaldas al mar con desventajas para nuestro país en el orden cultural y económico.

La creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776 y la segunda creación de la Audiencia de Buenos Aires en 1783,en reemplazo de la de Charcas, fueron hechos gravitantes que marcaron el comienzo de un mayor dinamismo en las relaciones comerciales con el Río de la Plata.

---

57) Malagón, Javier y Ots Capdequí, José M. “Solórzano y la Política Indiana”. F.C.E. 1983, p. 9.

La creación del régimen de las Intendencias en 1782 con ocho intendencias entre las cuales una era la del Paraguay con el territorio de su Obispado y la creación del Consulado de Buenos Aires en 1782, con representación del Paraguay en la misma, fueron otras reformas importantes.

Un hecho a tener en cuenta es que con estas reformas y sobre todo con la vigencia de la Recopilación de Indias de 1680, se estableció un orden de prelación de las leyes, donde la norma fundamental era ésta. Luego le seguían las cédulas, provisiones y ordenanzas emanadas del rey. Las leyes del reino de Castilla conforme a las fijadas en las leyes de Toro, confirmada por la Recopilación de Indias, y que comprendía: los ordenamientos y las pragmáticas reales, las leyes de los fueros, las Partidas, que suplía a los ordenamientos, pragmáticas y fueros en los pleitos y causas civiles y criminales.

En materia comercial, regía en el orden de prelación, la cédula del 30 de enero de 1794, donde primero comprendía la cédula de referencia y sus modificaciones, las Ordenanzas de Bilbao, la Recopilación de Indias y las Leyes de Castilla.

El Abogado de la Colonia

Las primeras noticias de esta profesión nos da el Fuero Juzgo (696), estableciendo la asistencia personal de los litigantes en los pleitos, y sólo como excepción la intervención de sus personeros.

Desde los primeros años de la conquista y de la colonización, adquieren relieve propio. Son los mismos letrados de la España del siglo XV, en cuyo final se descubrió la América. La época, en aquel entonces, no era propicia al gremio de los abogados. Un clamor universalizado llenaba de descrédito la augusta profesión; la misma, donde fincaba el altísimo concepto de un sacerdocio, ya como eco lejano de la consideración debida a los antiguos jurisconsultos romanos, o también la de los tiempos de don Alfonso el Sabio, en pleno florecimiento de la honra, de la maestría y del señorío; a gran distancia, por consiguiente, de la efectividad de esta Ley de Partidas: “e después de que hayan tenido 20 años escuelas de leyes, deben tener honra de conde”. Por fortuna, el auge recrudeció más tarde en la misma España, al equipararse por Carlos III, los abogados a los nobles y caballeros. Es en las Partidas (1226-1265), donde aparece la primera organización profesional de la abogacía.

El traje oficial de los miembros de la Audiencia (Caracas), consiste en una especie de toga de tafetán negro, en forma de manto; los demás accesorios

también son negros. Hasta hace poco usaron suspendido de un ojal una especie de vara blanca la que entre los españoles una señal general de jurisdicción y ante la cual todos temblaban. Si duda se consideraron suficientemente poderosos, sin la virtud de este talismán, porque ya lo han dejado de usar.

La Ordenanzas de Medina y las Ordenanzas de los Abogados, del año 1495, introdujeron algunas novedades en la profesión, pero sin elevar su concepto social. Con el transcurso del tiempo, se contaron en España diversas clases de letrados. Existían los del distrito de la Audiencia, en ella recibidos; los abogados de los reales consejos, con facultad de ejercer en todo el reino, menos donde actuaba algún Colegio y no pertenecientes a él; y finalmente los abogados de los Colegios.

La Conquista y colonización a medida que avanzaban, caldearon la atmósfera contra los abogados a quienes hostilizó y persiguió.

¿Cuál era la causa de tan enojosa oposición? Hemos visto en numerosos documentos de la época, que la acción legal de los abogados constituía el mayor obstáculo, a los conquistadores por el control que ejercían sobre ellos.

El origen de los Colegios de Abogados nos parece que radica en el sentimiento religioso de la época, inclinado al auxilio del débil y del necesitado, pues tales asociaciones constituían una verdadera congregación. Estos colegios dieron lustre a la profesión y por su preponderancia en las elecciones para los altos puestos y dignidades, haciendo apetecible y prestigiosa la carrera profesional.

Para los abogados de la América Colonial, la Recopilación de Leyes de Indias disponía que no podían ejercer la profesión sin un examen previo y una pasantía de 4 años. Establecía una serie de prohibiciones para los mismos(58).

Es oportuno recordar que en pleno absolutismo, el abogado José de Antequera y Castro cumplió la misión de jefe de la revolución comunera, que consolido la nación paraguaya colonial, como precursor de nuestra independencia.

El sábado 12 de abril de 1783 quedó inaugurado solemnemente el *Colegio Seminario Conciliar de San Carlos,* siendo Rector el Dr. Gabino de

58) Ruiz Guiñazú, Enrique. “La Magistratura Indiana”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1916. pp. 325 y sgtes.

Echeverría y Gallo, quién en 1785 fue sustituido por el Dr. José Baltazar de Casajús, pasando por sus aulas prestigiosas personalidades. En 1822, el Dictador Francia acabó con la vida del Colegio (59).

Abogados paraguayos fueron: José Gaspar de Francia, Fernando de la Mora, Mariano A. Molas, Carlos Antonio López, Juan Andrés Gelly y otros.

El Derecho Patrio o Nacional

Surgió el Derecho patrio, después de 1811, como una prolongación inicial del Derecho colonial paraguayo, inmerso en el Derecho Indiano. Un intento fue la de Congreso de 1811 de dar al Presidente de la Junta las atribuciones del Consulado de Buenos Aires.

El primer logro fue la de la Junta Superior Gubernativa en 1812, solicitando la devolución de los autos remitidos desde el Paraguay en apelación o consulta a la Audiencia y al decretar que en lo sucesivo se ventilarán tales recursos ante la propia Junta.

En 1813, el Congreso autorizó la creación de un *Tribunal Superior de Recursos*, con facultad para decidir en última instancia, y que provisoriamente estaba a cargo de los cónsules. Idéntica resolución fue la tomada por el Congreso de 1814, con la advertencia de que la institución se denominaba Tribunal Superior de Justicia, proponer la designación de los individuos que habían de integrarlo, pero no lo hizo. Tampoco Francia organizó ningún Tribunal ni redactó reglamento alguno.

Un aspecto decisivo para la suerte de la propiedad de la tierra, fue la nacionalización de las mismas, la creación de "Las Estancias de la Patria", y el sistema de arrendamiento. El 20 de setiembre de 1824 comienza la secularización de los bienes eclesiásticos y se reputan en adelante bienes del Estado. En 1825, todos los propietarios ausentes debían presentar sus títulos o documentos que acrediten como tales, y al no hacerlo en febrero de 1826 se declaró el gobierno dueño absoluto de la mitad de los campos de la superficie total que tenía el Paraguay, excepto los del Chaco, que eran ocupados por los indios.

"Así se inició -dice Pastore-, el proceso de incorporación al patrimonio del Estado de las tierras de la población de origen guaraní, que terminó con el

59) Centurión, Carlos R. Historia de la Cultura Paraguaya. Tomo I, Asunción, 1961. pp. 133 y sgtes.

desconocimiento de sus derechos a la tenencia de la tierra consagrados y amparados en el pasado por las Leyes de Indias, los reglamentos de los gobernadores y por la posesión varias veces centenaria (60).

En el proyecto del Estado nacional francista, expresa Nidia Areces, los indígenas constituyen un obstáculo a desplazar o aniquilar. Tienen aún capacidad para migrar, en un juego aparentemente de vaivén entre los territorios paraguayos y los portugueses. Son grupos con escaso desarrollo de las fuerzas productivas que se enfrentan a sistemas socio-económicos más amplios y complejos ¿Qué posibilidades tuvieron? ¿De replegarse a otros territorios? ¿De conchavarse? ¿Si se insertaran al sistema del blanco?, ¿con qué modalidades?

Hubo una considerable presión territorial sobre los indígenas, ante la recolonización blanca, se insertan en el mercado, venden su fuerza de trabajo, exigen dádivas. Su medio ambiente empieza a ser degradado, y sus fuentes tradicionales de recolección se ven afectadas (61).

Se mantuvo el régimen de la propiedad inmobiliaria vigente durante la Colonia para los pueblos de origen indio y de origen español. Pero existían 21 pueblos de origen indio y en estos se respetaron la organización primitiva y los campos comunales.

Después de la muerte de Francia, la Junta decidió el 24 de setiembre de 1840, entender únicamente en las causas criminales, quedando en suspenso las civiles, situación que duró hasta el Congreso de 1841, en que se autorizó a los cónsules a ejercer el poder judiciario, es decir, a fallar en última instancia. Sin embargo, los Cónsules no hicieron casi uso de este poder judiciario, pues poco tiempo después en 1844, se organizó la división de poderes, y este Estatuto quedó incorporado a la carta política de ese año. La última instancia estaba a cargo del juez superior de apelaciones, reemplazado más tarde por un juez de segunda instancia, para cada caso. Ningún Superior Tribunal de Justicia, ni independiente del Ejecutivo, existió hasta que el Gobierno provisorio de 1870, lo organizó transitoriamente (62).

---

60) Pastore, Carlos. “Origen, evolución y estado actual del latifundio y minifundio en el Paraguay”, en “Estudios Paraguayos”. Univ. Católica, vol. III. N°1. 1975, pp. 117.

61) Areces, Nidia. “Espacio, Sociedad y Política en Concepción, frontera norte paraguaya durante el gobierno del Dr. Francia”, Sao Paulo. 1992.

62) Soler, Juan José. “Introducción al Derecho Paraguayo”. La Colmena S.A. Asunción. 1959. pp. 244 y sgtes.

Por Ley del 26 de noviembre de 1842, se autorizó a jubilar a los indios naturales de los pueblos de la República con tierras y ganados en propiedad, que sean capaces, de muchos servicios y buen comportamiento.

El proceso de apropiación estatal de la tierra se produce en forma radical, cuando el 7 de octubre e 1848, el presidente López declara ciudadanos a los indios naturales de los 21 pueblos, suprimiendo los Cabildos, Justicia, Corregidores y Administradores de dichos pueblos.

Así se definió – expresa Pastore -, la enconada lucha de tres siglos entre europeos y guaraníes, iniciada el día en que los españoles fundaron la ciudad de Asunción. Las tierras que habían sido defendidas por la Corona española como el último refugio de los nativos de América y de sus descendientes, pasaron al patrimonio del Estado. Triunfó así, en parte, la tesis de los encomenderos.

Para Nidia Areces, la medida trajo aparejado un cambio sustancial en la condición del indio que, de vivir en comunidad, se trasformó, progresiva pero inexorablemente, en trabajador a sueldo, sometido y expoliado, integrado coactivamente al mercado de trabajo (63).

Los Cabildos. Una institución heredada de la época colonial fueron los Cabildos con diversas funciones, como la administración de justicia, policía, instrucción primaria, abastos, etc. Contaba el de Asunción, con doce miembros y los del interior con seis, renovables cada año.

Al tiempo de la Independencia, el Cabildo de Asunción lo integraban dos alcaldes jueces ordinarios de primero y segundo voto, un alguacil mayor, un defensor de menores, un defensor de pobres y naturales y un procurador de la ciudad. Los alcaldes entendían en los juicios civiles y criminales del fuero común, pero no en los comerciales que eran competencia de los diputados consulares designados por elección designados en cada villa entre los vecinos comerciantes. Entendían, además, en las causas de indios y en los asuntos de campo donde no había alcaldes de hermandad. Sus fallos eran apelables, según el caso, ante el Gobernador o el Cabildo; pero si el monto del asunto sobrepasaba los 60.000 maravedis, el recurso debía interponerse ante la Audiencia de Buenos Aires. No tenían sueldo, pero percibían costas.

---

63) Areces, Nidia. “La política de tierras en Concepción, frontera norte paraguaya durante el gobierno de Carlos A. López” Rosario. 1998, p. 98.

El alguacil mayor y defensores se realizaban por el Cabildo. El alguacil mayor, o fiel ejecutor, estaba encargado del cumplimento de los órdenes judiciales, se ocupaba de la policía y de las cárceles siendo sus resoluciones apelables ante el Cabildo. El síndico procurador de la ciudad era nombrado por los regidores, y tenía atribuciones de asesor y de fiscal, que las ejercitaba con mucha independencia.

Después de 1811, el Cabildo conservó intactas sus atribuciones, pero fue suprimida por la Dictadura de Francia en 1824. Sin embargo las magistraturas judiciales que lo integraban quedaron subsistentes.

Al dictarse el Estatuto provisorio de justicia, se puso fin a la vida municipal.

El Estatuto Provisorio de Justicia del 24 de noviembre de 1842, separó la función judicial de la ejecutiva. Consta de 82 artículos, en diez capítulos. Los órganos judiciales, según el capítulo 1 son: jueces comisionados, jueces de paz, alcaldes ordinarios, jueces en lo civil y criminal y un juez superior de apelaciones y el agente fiscal y el fiscal general. Estatuye tres instancias con los recursos ordinarios de apelación y súplica, aparte de un recurso extraordinario de nulidad o injusticia notoria.

Lo mas resaltante de este Estatuto es la abolición de las Leyes de Indias (”incompatibles con nuestra existencia política libre e independiente”), la fijación de un nuevo orden de prelación de las leyes (Leyes patrias, luego las de Castilla, las Partidas, las de Toro y la aspiración de contar con códigos propios.

Subsistió esta modificación durante doce años, pero se suprimió en el ínterin el juez superior de apelaciones, reemplazándola López por dos Juzgados de segunda instancia en lo civil y en lo criminal, que entendían, cada uno en su fuero, en las apelaciones contra los fallos de los jueces de primera instancia.

En 1846, se puso en vigencia el Código de Comercio promulgado en España el 29 de marzo de 1829, derogando las Ordenanzas de Bilbao y las leyes de Castilla en materia comercial. Por decreto de López del 16 de enero de 1846, no se adopta todo el Código, sino los cuatro primeros libros. El Libro I se ocupa de los comerciantes El Libro II, de los contratos de comercio en general. El Libro III, del comercio marítimo y el Libro IV, de las quiebras de Castilla, Partidas y las de Toro y la aspiración de contar con códigos propios.

La Escuela de Derecho. Fue un ensayo de corta y efímera duración, efectuada por Don Carlos por Decreto del 15 de marzo de 1850 -expresa Pérez Acosta-. Con el título de *Escuela de Derecho civil y político,* como consta en documentos del Archivo Nacional, donde también se refiere a su creación y reglamento a cargo del ilustrado compatriota Dr. Juan Andrés Gelly. El texto para Derecho Civil será la obra del Doctor José María Alvarez sobre Derecho real de España con anotaciones del doctor Dalmacio Vélez Sársfield "con sujección a las leyes, decretos y estatutos de la República (Art. 2°). Para Derecho Político se adoptará el tratado de Luis Antonio Macarelli con las modificaciones y explicaciones que exigían los principios adoptados por la República (At. 3°). Los demás artículos se ocupaban de "jóvenes que supiesen leer, escribir y contar correctamente", y en adelante no se admitirían sin los estudios preparatorios de Latín, Lógica y ética" (Art. 7°). Todos los años el curso se abrirá el 1° de marzo y durará hasta el 10 de noviembre. El número de estudiantes por esta vez será de veinte (Art. 9°).

Por Decreto reglamentario, se establecía el funcionamiento del curso, y además de otras providencias para su normal desempeño.

Consta en los libros de Tesorería de la época haberse abonado al Dr. Gelly, la suma de quince pesos con tres reales y ¾, como importe de su sueldo de un mes, como "Catedrático de Derecho Civil y Político" y el pago de otra mensualidad y retiro de su empleo, requerido por el Gobierno para cumplir otras funciones. En años posteriores dictaba un curso nocturno de práctica forense el juez del crimen D. Zenón Ramírez para quien en 8 de setiembre de 1862, figura un pago de 37 pesos y 2 reales (64).

La recepción del Derecho argentino en el Paraguay

Instalado el Gobierno Provisorio, se decreta el 14 de enero de 1870, la adopción del Código de Comercio argentino, en forma provisoria.

La Constitución de 1870 es sancionada el 24 de noviembre de 1870, y su texto fundamental es un trasunto de la Argentina de 1853-60. Se adopta en forma irrestricta el régimen de la propiedad privada.

Código Civil. Por decreto del 10 de marzo de 1870, el Gobierno Provisorio confirmó la vigencia del Estatuto de 1842, con excepción de la facultad

64) Pérez Acosta, Juan F. "Carlos Antonio López. Obrero Máximo". Editorial Guarania. Asunción 1948, pp. 528/9.

acordada al Presidente de la República para entender en las "causas de traición de la patria, etc. las cuales pasaban a cargo de los tribunales de justicia. Se modificó el orden de prelación de las leyes en materia civil y criminal, encabezando las Partidas el rango preferente sobre las de Castilla y las de Toro. Y se consagró el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada.

A pesar del deseo de contar con códigos propios, la misma no pudo concretarse, pero fue así que se adoptó por ley del 19 de agosto de 1876, el Código Civil del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, sancionado para la República Argentina.

Con posterioridad fueron dictadas dos leyes, la una el 16 de setiembre de 1880, donde crea el Registro del estado civil de las personas, y la otra del 21 de julio de 1881, donde se prohíbe la investigación de la paternidad natural después de muerto el padre, y no admite sino el reconocimiento hecho en vida por el padre mismo, con excepciones.

Las Leyes de 1883-1885 de venta de tierras públicas, de bosques y yerbales, a vil precio, vinieron a consagrar en forma definitiva el sistema del latifundio y minifundio, apropiándose de grandes extensiones de tierras, compañías extranjeras y algunos avispados nacionales, que nunca se nacionalizaron económicamente, y sólo extrajeron la renta de la tierra y se fueron del país casi cien años después. El indígena quedó inmerso dentro de estas grandes propiedades ignorado y perseguido utilizado como fuerza de trabajo, en el mejor de los casos.

A raíz de la revisión sufrida por el Código argentino en 1882, se dictó una nueva ley de adopción del Código Civil el 27 de julio de 1889, declarando texto oficial la edición del Código Civil argentino, hecha en Buenos Aires por el señor Félix Lajouane, en 1887, además del título adicional con las leyes referentes al Registro del estado civil de las personas. Y la de filiación natural (Artículo 325 in fine del C. Civil). La Ley de Matrimonio Civil, del 2 de diciembre de 1898, es una copia de la ley argentina de 1888, con modificaciones, e incorporada al C.C.

Código de Comercio. Sufrió varias modificaciones. La primera adoptada por el gobierno provisorio en 1870 que fue el proyecto (Acevedo-Vélez) argentino sancionado por Ley de 1862, y que estuvo en vigor hasta el 29 de agosto de 1891, en que se promulgó la segunda ley de adopción. Se deroga por esta ley la anterior de 1870 y se declara vigente el Código de Comercio sancionado por la Argentina el 5 de octubre de 1889. Pero la tercera adopción

se produjo a raíz de la reforma argentina del Libro IV, ocurrida en 1902, conforme a la ley paraguaya del 5 de octubre de 1903, sobre juicio de quiebras.

Código Penal. Se adopta el Código argentino (Proyecto Carlos Tejedor de 1865/67), pero recién se lo adopta oficialmente por ley del 21 de julio de 1880. Estuvo en vigencia hasta 1910 en que se sancionó un Código propio, modificado en 1914, que fue obra del Dr. Teodosio González.

Organización Judicial y Procedimiento Civil. Fue recién con la Constitución de 1870, que se organiza el Poder Judicial, integrado con el Superior Tribunal de Justicia, tres jueces de primera instancia, un fiscal general de Estado y los defensores de pobres, menores y ausentes. Nuestro primer Código de Procedimientos fue promulgado el 14 de agosto de 1876, basado en el Proyecto del doctor José L. Domínguez de 1868.

En 1883 fueron sancionadas dos leyes: la una que se llamó Orgánica de los Tribunales (21 de noviembre) y la otra, de Procedimientos en materia civil, con aplicación a las causas mercantiles. La primera fue reformada dos veces: el 6 de octubre de 1898, y la otra el 23 de noviembre de 1918.

Código de Procedimientos Penales. El 3 de julio de 1883 se adopta el Código argentino de Manuel Obarrio de 1882. Pero fue modificado por una Comisión integrada por Ramón Zubizarreta y Ricardo Brugada, que incluyo el Código de Obarrio, la reglamentación del juicio político, la ley de jurados y un libro complementario, por ley del 12 de noviembre de 1890.

Código Rural. Por Ley del 8 de agosto de 1877, se adoptó el Código de Valentín Alsina, adoptado para la provincia de Buenos Aires en 1865. Posteriormente el Dr. Teodosio González elaboró un nuevo código que fue aprobado por ley del 30 de setiembre de 1931.

Leyes sobre tierras del siglo pasado y actual.

La “Ley de Colonización y del Hogar” de 1904, la Ley de Reducción de Tribus Indígenas” de 1907, que no tuvieron éxito alguno.

El Estatuto Agrario de 1940 fue el primer intento serio de otorgar beneficios al indígena con concesiones importantes y posibilitando el acceso individual a la propiedad de la tierra.

La Ley 854/63, que establece el Estatuto Agrario vigente, que organiza colonias para indígenas y dispone que el nativo pueda acceder a un lote individual.

La Ley 904/ 81, Estatuto de las Comunidades Indígenas

La Ley 1372/88, establece un régimen para la regularización de los asentamientos de las comunidades indígenas.

Y recientemente se estudiaron algunas leyes sobre el Fuero Agrario, creación de Instituto Nacional de la Reforma Agraria y otras.

La Cultura Jurídica

La Constitución Nacional de 1870 estableció la división de los poderes y su independencia. Podría desde ese momento pensarse en la seguridad de la carrera del funcionario judicial, pero no pudo concretarse la firmeza del juez en la continuidad de su labor de acuerdo a sus méritos y aptitudes. El período legal fue poco respetado restando autoridad y sentido de permanencia a la magistratura forense. Sin embargo, en el transcurso del siglo pasado han aparecido funcionarios dignos de pasar a la historia por su versación jurídica, su espíritu de independencia y justicia.

Los trabajos debidos a los magistrados forenses constituyen hoy numerosos volúmenes que llenan los anaqueles del Archivo General de los Tribunales y son fuentes fecundas de la jurisprudencia paraguaya. Lástima es que dichos trabajos, gran parte de los cuales son notables piezas jurídicas por su fondo y por su forma, no hayan sido publicados. El *Boletín de los Tribunales, La Gaceta del Foro* y otros periódicos que tuvieron efímera vida, aunque de gran utilidad, han ensayado esa publicación sin el éxito de que eran acreedores.

Es conveniente no olvidar la contribución de los magistrados del Poder Judicial a la cultura integral de la nación en uno de sus más importantes aspectos: la cultura jurídica.

A todo esto debe agregarse el trabajo de los jueces, el aporte de los profesionales del foro. Demandas y alegatos abundan como constitutivos de verdaderas cátedras de Derecho, cuya publicación espera la mano amiga que las haga conocer como valiosa contribución a la evolución jurídica del Paraguay.

La Escuela de Derecho

El Colegio Nacional de la Capital fue creado el 4 de enero de 1877, siendo su primer Rector (1878) el mejicano Doctor José Agustín Escudero

Anexo al Colegio Nacional, por Ley del 12 de julio de 1882, se creó la Escuela de Derecho, en la que se enseñaba Derecho Romano, Civil y Comercial, Penal, Internacional, Constitucional, Derecho Eclesiástico y Administrativo, Procedimientos, Economía Política y Estadística.

El diploma de abogado confería el Ministro de Instrucción Pública y el Presidente de la mesa examinadora, dándose término a los seis años de estudio.

Los gastos que demandaba la creación y sostén de la Escuela de Derecho eran pagados con los fondos del Colegio Nacional.

La Escuela funcionó bajo la dirección del Rector del Colegio Nacional Doctor Benjamín Aceval. Sus primeros profesores fueron: Dr. Alejandro Audivert, Doctor Cesar Gondra y el Doctor Ramón Zubizarreta. Poco después fue clausurada por escasez de Bachilleres. Sin embargo, desde julio de 1888, se decretó la reapertura de la Escuela de Derecho. El plan de Estudios y Reglamentos les dio el Dr. Zacarías Caminos, el 25 de junio de dicho año

La Escuela funcionaba regularmente, dirigida por el Dr. Ramón Zubizarreta, cuando a iniciativa del Dr. José Segundo Decoud, se fundo la Universidad Nacional de Asunción

Creación de la Universidad Nacional de Asunción

La creación de la Universidad Nacional de Asuncion, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, la Facultad de Medicina y ramas anexas, y la Facultad de Matemáticas y ramas anexas, fue estudiada por el Congreso en sesión de fecha 13 de agosto de 1889 y sancionada el 24 de setiembre de 1889.

Al principio la Universidad Nacional de Asunción y el Colegio Nacional de la Capital formaron una institución única.

Un Decreto del 31 de diciembre de 1889 dispone que se realice la inauguración de la Universidad, solemnemente el 1° de marzo de 1890.

Su primer Rector fue el ciudadano español Dr. Ramón Zubizarreta.

El primitivo plan de estudios de la "Escuela de Derecho" – el del 25 de junio de 1888 -, fue sustituído por la "Ley de Enseñanza secundaria y superior", del 24 de setiembre de 1889, cuyo autor fue José Segundo Decoud. A ésta le siguió la Ley del 18 de octubre de 1892 que reguló la vida de la Universidad. Al año siguiente, 1893, egresaron de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales los primeros abogados. Eran Cecilio Báez, Emeterio González, Gaspar Villamayor y Benigno Riquelme (65).

Las últimas leyes universitarias

La Ley N° 1048 del 25 de junio de 1929, reforma el régimen universitario y le da autonomía a la Universidad. Esta rigió hasta la promulgación de la Ley 356 de fecha 9 de julio de 1956. Esta a su vez fue modificada por la Ley 1291/87, que estableció la Carta Orgánica de la Universidad. Recientemente se modificó esta ultima Ley, pasando a ser sustituida por la Ley de Universidades N° 136 del 29 de marzo de 1993, y el Estatuto Universitario del año 2000 y sus modificaciones realizadas en el año 2004.

65) Centurión, Carlos R. "Historia de la Cultura Paraguaya". Biblioteca "Ortíz Guerrero". T. II. Asunción. 1961, pp. 274 y sgtes.

LA SUPRANACIONALIDAD ANTE LA PROBLEMATICA DE LAS ASIMETRIAS CONSTITUCIONALES EN EL MERCOSUR (*)

Por José Raúl Torres Kirmser (**)

El problema en el ámbito del desenvolvimiento jurídico del Mercosur estaría dado por las asimetrías constitucionales de los Estados que forman parte de esa unión integracionista para obtener el desarrollo con justicia social, en circunstancias de la aplicación directa del Derecho Comunitario y en el funcionamiento de organismos supranacionales.

Los representantes de las Cortes Supremas de Justicia del Paraguay, la Argentina y el Uruguay suscribieron en el mes de septiembre de 1996 la Carta de Ouro Preto en la que se recomendaba que los Estados Partes del Mercosur constituyesen una Corte de Justicia Supranacional para que "aplique, interprete y unifique la jurisprudencia del Derecho Comunitario". Se dijo en la oportunidad que si el Brasil decidiese adherirse a la idea, el gobierno tendría que promover la reforma constitucional por vía del voto mayoritario del Congreso.

(*) Compendio del trabajo presentado al Segundo Encuentro de Cortes Supremas de los Estados Parte y Asociados del Mercosur. Brasilia, 28, 29 y 30 de noviembre de 2004.

(**) Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Vicepresidente Primero del alto cuerpo judicial. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. 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 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.

Los representantes de las máximas instancias judiciales de Paraguay, Argentina y Uruguay recomendaron la creación de un Tribunal Supranacional que decidiese con carácter vinculante en las controversias comerciales, diplomáticas, aduaneras y tributarias.

En dicho evento que fue el Quinto Encuentro de Cortes Supremas del Cono Sur los representantes del Brasil, comprendiendo el área judicial y el ámbito del Poder Ejecutivo, expresaron que preferían un mecanismo de arbitraje para solucionar controversias en los aludidos asuntos agregando que el Mercosur no precisa de un Tribunal Supranacional porque advino como una experiencia no burocrática.

El entonces Ministro de Justicia de este país hermano señaló en ese encuentro de magistrados judiciales que la decisión del Brasil sobre este punto no será revisada por el momento y que consideraba todavía muy prematuro instalar ese órgano supraestatal.

Recordemos aquí que fue Paraguay el primer país del Mercosur que en su Constitución de 1992 consagró un orden jurídico supranacional. Establece en su Artículo 145. Del orden jurídico supranacional: **"**La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso".

Después tomó la misma vía la República Argentina con la reforma constitucional de 1994, incluyendo en su Artículo 75, inc. 24, entre las atribuciones del Congreso "aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

Abordando el tema de las asimetrías en materia constitucional señalemos que la Carta Magna del Brasil preceptúa en su Artículo 1°: "La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados, Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

"I. la soberanía;

II. la ciudadanía;

III. la dignidad de la persona humana;

IV. los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa;

V. el pluralismo político.

El Artículo 4° de la Constitución de este país en vigoroso y promisorio crecimiento establece: "La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

I. independencia nacional;

II. prevalencia de los derechos humanos;

III. autodeterminación de los pueblos;

IV. no intervención;

V. igualdad entre los Estados;

VI. defensa de la paz;

VII. solución pacífica de los conflictos;

VIII. repudio del terrorismo y del racismo;

IX. cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad;

X. concesión de asilo político.

"Parágrafo único. La República Federativa de Brasil ***buscará la integración*** económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones".

Así pues advertimos que la Constitución de la República Federativa del Brasil no reconoce expresamente la posibilidad de convalidación de instituciones supranacionales.

La Constitución del Uruguay en este tema consagra en su Artículo 6°: "En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos".

"La República procurará la integración total y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos".

Este artículo nos lleva necesariamente a este interrogante ¿acepta o no la Super Ley de la noble Patria de Artigas el principio de la supranacionalidad? Es un punto muy debatido en dicho país. Varios constitucionalistas respetados opinan que sí mientras que otros expertos entienden que precisamente deberá reformarse el texto de la Constitución para que dicho país pueda aceptar decisiones de organismos supranacionales.

El ilustre jurista Dr. Héctor Gros Espiell explica: "En especial, las cuestiones referentes a la integración de los Estados Latinoamericanos suponen una necesaria relación internacional", y por lo tanto, es admisible que, respecto de ella, en ciertos casos, las decisiones de los órganos internacionales, creados en virtud de tratados o convenciones regularmente ratificadas, tengan efecto erga omnes, en forma directa". El ex canciller uruguayo advierte que "para que sea posible la existencia de órganos internaciones no integrados por representantes uruguayos y cuyas decisiones sean obligatorias en tierra uruguaya se requerirá un ajuste constitucional".

Agrega el eminente jurista: "En mi concepto, el Artículo 6° inciso segundo de la Constitución de la República habilita la existencia de un Derecho Comunitario, permitiendo que los órganos públicos internos del Estado, es decir el Poder Ejecutivo que tiene la competencia de suscribir tratados (Constitución, Art. 168 ordinal 20) y el Poder Legislativo que tiene la potestad de ratificarlos (Constitución, Art. 85 ordinal 7°), puedan comprometer al Uruguay como miembro de un organismo "supranacional", en este caso del "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR)".

Agrega el jurista y apasionado defensor de los derechos humanos: "En la medida en que haya un desarrollo importante de la Comunidad del Sur, en forma similar a la Comunidad Económica Europea, para lo cual evidentemente hay tiempo suficiente, considero que sería deseable una disposición constitucional que, en forma clara y precisa, reconozca la aplicación interna inme-

diata y directa de las decisiones de los órganos de la Comunidad, así como la supremacía jerárquica del Derecho Comunitario sobre el Derecho Constitucional interno, en forma similar a las Constituciones de Holanda de 1956 y España de 1978".

Evocamos aquí que la Carta de Ouro Preto ha formulado las siguientes recomendaciones:

"I. La adecuación de las normas constitucionales de los Estados Miembros a fin de que se asegure la supremacía del Derecho Comunitario;

II. 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;

III. La aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias por los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales;

IV. La creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario".

Estos fueron los puntos en que hubo coincidencia entre los participantes del Primer Congreso Internacional de Derecho Comunitario por iniciativa de la Escuela Nacional de la Magistratura de Brasil y del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos sobre el Mercosur "considerando la necesidad de profundizar la integración regional en el Mercosur en atención, por un lado, a los buenos resultados obtenidos y, por otro, a las carencias comprobadas y señaladas en dicho Congreso".

La vice-presidenta del Superior Tribunal Federal de la República Federativa del Brasil, Dra. Ellen Gracie Northfleet, en su trabajo presentado en el II Encuentro de Cortes Supremas de Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, realizado en Brasilia en fecha 28, 29 y 30 de noviembre de 2004, ha expresado cuanto sigue:

"a) La armonización, en la medida de lo posible, de los textos constitucionales brasileño y uruguayo, con las reformas ocurridas en Paraguay, en 1992 y en Argentina, en 1994, permitirá explícitamente que los países deleguen competencia y jurisprudencia a órganos supranacionales, aunque con cláusulas de igualdad y reciprocidad.

b) La definición jerárquica de los tratados a través de normas de primacía, establecerá concretamente la solución del potencial conflicto entre tratado y la ley antecedente o posterior".

En suma, se concluye que observando las asimetrías constitucionales, no se encuentra ninguna norma contraria al espíritu de la integración que nuestros países alientan desde una posición fraternal y con ánimo constructivo decididamente abierto al porvenir.

En el citado Segundo Encuentro de Cortes Supremas de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, los grupos de trabajo concluyeron lo siguiente:

Que las Constituciones de Argentina y Paraguay reconocen expresamente la posibilidad de convalidación de instituciones supranacionales, y poseen normas específicas sobre conflictos entre la Ley interna y los Tratados, cuestiones no previstas en las leyes fundamentales del Brasil y Uruguay.

Se señaló también que sería conveniente que, bajo la perspectiva de seguridad jurídica de los Estados brasileño y uruguayo, promoviesen reformas constitucionales para superar la señalada omisión.

Asimismo, no se verifican dificultades para que las Cortes Supremas de Brasil y Uruguay converjan hacia el rumbo de viabilizar jurídicamente la voluntad política conducente al proceso de integración. Dijeron igualmente los señalados grupos de trabajo en el evento indicado, que a más de los instrumentos jurídicos que posibilitan interpretaciones constructivas, en particular la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscripta el 23 de mayo de 1969, los Poderes Judiciales deben buscar soluciones internas que prevean la posibilidad de antinomia en la interpretación y la efectiva aplicación de las cláusulas normativas del MERCOSUR.

Dejaron también constancia de que sin perjuicio de las atribuciones constitucionales de cada poder constituido, es deseable que se establezca una forma de diálogo interinstitucional con vistas a preservar los esfuerzos resultantes de negociaciones realizadas para profundizar y consolidar la integración regional en pos del progreso y bienestar de nuestros pueblos.

Observado y estudiado todo ello, se concluye una posición no integralmente propicia a una plena integración ni a la primacía del tratado sobre el orden constitucional. De ahí que se propugne una lúcida interpretación de las

constituciones señaladas y fundamentalmente con la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, teniendo en cuenta aspectos jurisprudenciales así como la doctrina más avanzada en este aspecto.

***

CARTA DE OURO PRETO

Los participantes del I Congreso Internacional de Derecho Comunitario, reunidos en Ouro Preto, Minas Gerais, República Federativa del Brasil, a los veintiún días del mes de setiembre de mil novecientos noventa y seis, por iniciativa de la Escuela Nacional de la Magistratura del Brasil y del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos sobre el Mercosur – Jurisul, **considerando** la necesidad de profundizar la integración regional en el Mercosur, en atención por un lado, a los buenos resultados obtenidos y, por otro, a las carencias comprobadas y señaladas en este Congreso y **atento**:

1) a que el proceso de integración del Mercado Común del Sur, como en las demás otras regiones, ha comenzado por factores económicos y ha sido orientado hacia el intercambio de bienes y servicios y al logro de una Unión Aduanera;

2) a que, sin perjuicio de ello, y como forma de consolidar y regular los movimientos del área cultural, social y económica corresponda tender hacia la integración cultural y en ese campo se hace indispensable el desarrollo del Derecho Comunitario;

3) a las recomendaciones emanadas de los Encuentros de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur, y, sin perjuicio de la utilización de medios pacíficos y de autocomposición en la resolución de las controversias;

Recomiendan:

I- La adecuación de las normas constitucionales de los Estados Miembros a fin de que se asegure la supremacía del Derecho Comunitario;

II- 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;

III- La aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias por los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales;

IV- La creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario.

II ENCUENTRO DE CORTES SUPREMAS DE LOS ESTADOS PARTES Y ASOCIADOS DEL MERCOSUR (*)

CONCLUSIONES DEL GRUPO I (ASIMETRIAS CONSTITUCIONALES)

1. Las Constituciones de Argentina y Paraguay reconocen expresamente la posibilidad de convalidación de instituciones supranacionales, así como poseen norma específica sobre conflicto entre la ley interna y los tratados, lo que no está previsto en las Constituciones de Brasil y Uruguay;

2. Sería conveniente que, bajo la perspectiva de la seguridad jurídica, los Estados de Brasil y Uruguay promuevan reformas constitucionales aptas para solucionar la omisión indicada;

3. No se verifican, además, factores que impidan que las Cortes Supremas del Brasil y del Uruguay caminen en el sentido de viabilizar jurídicamente la voluntad política conducente al proceso de integración;

4. Más allá de los instrumentos jurídicos permisivos de interpretaciones constructivas, en particular de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, los poderes judiciales deben buscar soluciones internas que prevengan la posibilidad de antinomia en la interpretación y efectiva aplicación de las normativas del MERCOSUR;

5. Sin prejuicio de las atribuciones constitucionales de cada poder constituido, es deseable que se establezca la forma de diálogo interinstitucional con vistas a preservar los esfuerzos resultantes de las negociaciones con miras a la profundización y la consolidación de la integración regional, en pro del desarrollo y del bienestar de nuestros pueblos.

(*) Brasilia, 28, 29 y 30 de noviembre de 2004.

Bibliografía

El Orden Jurídico Supranacional. Cuarta Edición Aumentada y Actualizada.

Germán Bidart Campos. *La Constitución Comentada*.

Constitución de la República Oriental del Uruguay.

Constitución de la República del Paraguay.

Constitución de la República Argentina.

Constitución de la República Federativa del Brasil.

LITISCONSORCIO

Por Hernán Casco Pagano (*)

Se denomina litisconsorcio a la actuación conjunta de más de dos sujetos en el proceso (proceso con pluralidad de partes).

Son litisconsortes aquellos que asumen la misma posición en el proceso corriendo igual suerte.

La voz litisconsorcio deviene de la locución “litis consortium”; de “litis”: pleito, litigio judicial, juicio (conflicto de intereses) y “consortium”: comunidad de destino.

De ordinario la relación procesal se desarrolla entre dos personas. Sin embargo, en el litisconsorcio la relación procesal se desenvuelve con la presencia de varios sujetos.

De acuerdo con la posición procesal en la que se encuentran los litisconsortes, el litisconsorcio se denomina:

Activo: Cuando existen varios actores frente a un demandado.

Pasivo: Cuando hay varios demandados frente a un actor.

Mixto: Cuando existen varios actores frente a varios demandados.

El litisconsorcio también puede ser originario, cuando la pluralidad de litigantes se produce al comienzo del proceso (acumulación objetiva de pre-

(*) Profesor Titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

tensiones), o sucesivo, cuando la pluralidad de litigantes ocurre durante el desarrollo posterior del proceso (integración de la relación procesal).

El litisconsorcio se llama facultativo, cuando su formación obedece a la libre voluntad de las partes, y necesario, cuando lo impone la ley o la misma naturaleza inescindible de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión, lo cual hace que el litigio no pueda decidirse1 válidamente si la relación procesal no se halla integrada con todos los litisconsortes.

Litisconsorcio facultativo

El litisconsorcio es facultativo cuando depende de la conveniencia y voluntad de las partes. En el litisconsorcio facultativo existe una relación procesal única y autonomía de los sujetos procesales. Los litisconsortes, por esta razón, se denominan más propiamente compartes.

Los actos de cada uno son independientes en sus efectos de los demás, sin que redunden en provecho ni en perjuicio de éstos. Es decir, son compartes porque tienen idéntica situación procesal, pero no son litisconsortes porque no tienen comunidad de destino, no corren igual suerte en el proceso. De allí que las resoluciones que recaigan en el proceso, puedan ser diferentes para cada uno de ellos.

Los que son litisconsortes y los que son compartes ocupan una misma posición en el proceso, pero mientras para los litisconsortes los efectos de los actos procesales son idénticos, para los que son compartes no lo son, porque se trata de un supuesto en que existe pluralidad de partes provenientes de pretensiones conexas por el título, por el objeto o por ambos elementos a la vez.

La característica de este tipo de litisconsorcio reside en la autonomía procesal de los litisconsortes; en consecuencia cada uno goza de legitimación procesal independiente, razón por la cual el resultado del proceso como el contenido de la sentencia pueden ser distintos con respecto a cada uno de ellos.

Conforme a las ideas expuestas, el litisconsorcio facultativo produce diferentes efectos: El juez deberá ser competente para entender en las acciones (pretensiones) que correspondan a cada litigante.

Cada uno de ellos deberá tener capacidad procesal para actuar en el juicio.

Cada uno puede adoptar una actitud distinta de la de los demás: allanarse, oponer excepciones, defensas, etc.

La rebeldía de uno no perjudica a los otros.

Unos pueden apelar y otros consentir la sentencia.

En la prueba de los hechos individuales debe estarse a la producida por el litigante al que se refiere; si lo es de un hecho común debe ser examinado respecto de todos. En la prueba de confesión de acuerdo con el Art. 298 del CPC: "La confesión del litisconsorte no perjudica a sus compartes". De esta regla se deduce que uno de ellos puede exigir la absolución de posiciones de su comparte.

La caducidad de la instancia que se produzca para uno, no afecta a los otros.

El proceso puede concluir para uno o algunos de los litisconsortes y continuar en relación con los restantes. Ello puede ocurrir sea por efecto de una excepción procesal que prospere tan sólo respecto de uno o algunos de los sujetos que se encuentran en la misma posición de parte, o como consecuencia de un acto de disposición realizado por uno o algunos de ellos.

Los recursos interpuestos por un litisconsorte no benefician a los restantes, salvo que la aplicación de esa regla conduzca al pronunciamiento de sentencias contradictorias respecto de un hecho común a todos los litisconsortes.

Litisconsorcio necesario. Integracion de la relacion procesal

El litisconsorcio necesario u obligatorio se produce cuando entre varios sujetos existe una relación sustancial única e inescindible.

El litisconsorcio es necesario cuando la sentencia sólo puede dictarse útilmente frente a todos los integrantes de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, de modo que la validez de éste se halla subordinada a la citación de todas aquellas personas.

En el litisconsorcio necesario existe siempre una única pretensión, cuya peculiaridad está dada por la circunstancia de que necesariamente debe ser promovida por varios legitimados o contra varios legitimados y no por o contra algunos de ellos solamente, en razón de que la legitimación procesal corresponde al conjunto de personas y no a una persona individualmente.

Configuran casos de litisconsorcio necesario:

1) El exigido por la ley: las tercerías, que deben deducirse contra el embargante y el embargado (Art. 80 2º p. CPC).

2) El proveniente de la naturaleza de la relación controvertida: la demanda por simulación de un acto jurídico, que debe promoverse contra todas las partes que lo realizaron; la demanda de nulidad de un acto jurídico, que debe intentarse contra todos sus otorgantes; la demanda de división de condominio; etc.

El proceso debe integrarse de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes mediante la deducción de la "exceptio plurium litisconsortium", con todos los sujetos que correspondan en razón del vínculo de derecho material que los une, porque si la sentencia fuera pronunciada sólo con respecto a alguno de ellos, no resultaría útil o no sería posible obtener su ejecución.

La integración de la litis deberá producirse antes de que se dicte la providencia de apertura a prueba, dentro del plazo que el juez señale, quedando suspendido el curso del proceso mientras se cita a quienes corresponda.

Si la falta de integración de la litis se advierte en el momento de dictar sentencia o hallándose el expediente en segunda o tercera instancia, la demanda debe ser rechazada, incluso de oficio y aunque la parte interesada no haya hecho petición al respecto, sin que tal decisión produzca cosa juzgada en cuanto al fondo de la cuestión. Si se dictó sentencia puede peticionarse su nulidad por la parte excluida mediante la promoción del incidente de nulidad o de un proceso autónomo.

En el litisconsorcio necesario los efectos que se producen son diferentes a los del litisconsorcio facultativo (compartes); de allí que los actos de uno benefician o perjudican a los otros, según las prescripciones de las leyes substantivas.

La prueba deberá analizarse en su conjunto y sólo se tendrá por acreditado un hecho cuando lo fuere respecto de todos.

Si uno solo interpone un recurso, los demás se ven afectados por sus consecuencias.

La caducidad no puede oponerse si no se produjo para todos.

El allanamiento, desistimiento, transacción o renuncia deben ser realizados por todos. Vale decir, todos son considerados como uno solo.

El contenido de la sentencia debe ser el mismo para todos los litisconsortes.

La sentencia que vaya a dictarse será oponible a quienes no hayan sido parte en el juicio, si a pesar de haber sido citados no han comparecido, de tal modo se evitará la nulidad del proceso.

Con relación a la competencia, el Código de Organización Judicial dispone que si hubiere varios coobligados, prevalecerá la competencia del juez ante quien se instaure la demanda (Art. 17, 2ª p. COJ).

Las costas en los casos de litisconsorcio, dice el Código Procesal Civil, se distribuirán entre los litisconsortes, salvo que por la naturaleza de la obligación correspondiere la condena solidaria. Cuando el interés que cada uno de ellos represente en el juicio ofreciere considerables diferencias, deberá el juez distribuir las costas en proporción a ese interés (Art. 201 CPC).

BASES LEGALES PARA LA IMPOSICION DE LA PENA

Por Oscar Rodríguez Kennedy (*) y Beatriz Olga Morán Avalos (**)

1. LA FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA

En el presente trabajo se analiza el deber procesal de pronunciamiento del tribunal oral, juez penal de garantías o de paz -para los casos de procedimiento abreviado-, como acto fundamental del proceso penal y la fijación de la pena correspondiente atendiendo a las pautas básicas de dosimetría.

En efecto, es digno de advertir previamente que es regla dentro del proceso penal el deber del Tribunal de motivar o fundamentar su fallo y que, elementalmente, implica la expresión de las razones jurídicas que ha tenido en cuenta el sentenciante para pronunciarse en la causa de una manera determinada y no de otra, pudiendo hacerlo.

La obligación de fundamentación se encuentra enlazada con la necesidad de asegurar un adecuado control sobre la función decisoria de los jueces y tribunales y evitar con ello posibles "arbitrariedades", a través de la imposición legal y constitucional de enunciar los motivos o fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la decisión acordada a las pretensiones deducidas y debatidas por las partes en el proceso.

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

(**) Abogada y Notaria Pública por la U.N.A. Profesora Auxiliar de Enseñanza de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho U.N.A.

En el ámbito penal este deber de fundamentación, garantizado en el Art. 256 de la C.N. en concordancia con los Arts. 125, 400 y 403 del C.P.P., se constituye en el medio a través del cual las partes y la opinión pública en general, tomando en cuenta el carácter público del juicio oral, verifican la *justicia* de los fallos judiciales y comprobar, por tanto, la adecuación de éstas a las valoraciones jurídicas vigentes en la comunidad.

Esa es la interpretación constitucional del deber analizado, cuya justificación reside no sólo en el derecho de controlar la legitimidad de los actos de los poderes públicos, *propio de nuestro régimen republicano de gobierno*, sino también en la garantía constitucional de *defensa en juicio*, asentada en la posibilidad de obtener el amparo judicial de los derechos, que supone obviamente el pronunciamiento de sentencias que se funden en la ley y en la prueba de los hechos controvertidos en la causa.

Como observamos, la fundamentación no es sólo un requisito de validez de la sentencia sino un deber del juzgador. La sentencia penal se erige así en un instrumento normativo de carácter particular, porque se constituye en una norma jurídica particularizada, fundada pues debe contener el resultado de un razonamiento lógico que permita inferir el camino intelectual seguido por el sentenciante para arribar a la solución del caso, afectando su inobservancia el ejercicio constitucional del derecho de defensa, como precedentemente se mencionó.

2. LA FUNDAMENTACION DE LA PENA EN LA SENTENCIA

Luego de establecer la conformidad de la conducta humana al tipo penal y su autoría responsable, le sigue la tarea de fijar la pena, a partir de la genérica conminación legal. Es decir, una vez determinado el marco abstracto que suministra la ley penal, realizada a través de la subsunción legal, debe el juzgador individualizar la pena a ser aplicable para el caso concreto.

En efecto, tanto la determinación del reproche penal como la individualización y graduación de la pena, al estar basados en los hechos y en virtud del principio de inmediatez con las circunstancias del hecho, ventiladas en los debates del juzgamiento, corresponden al juzgador, que para la correcta medición debe tener presente la reprochabilidad individual de cada autor, pues la gravedad de la pena a ser aplicada no podrá exceder los límites del reproche penal sobre la base del principio de proporción.

En ese sentido, el Art. 65 de nuestro digesto contiene las pautas fundamentales para la fijación judicial de la pena a ser aplicable, en el que se considera la personalidad del autor del hecho punible en forma integral, y no sólo con relación al hecho concreto, proyectándose la consideración de su conducta tanto hacia el pasado como hacia el futuro.

En la aplicación de estas bases señaladas, el juzgador debe, en cumplimiento del mandato legal, *fundamentar las razones* de la imposición del monto de pena al acusado. En ese sentido es importante resaltar que el sistema de sanciones previsto en la ley de fondo no es de aplicación "*automática*", sino requiere necesariamente que el órgano jurisdiccional analice el porqué, en el caso concreto, corresponde aplicar la pena respectiva enunciada en la sentencia condenatoria.

Como ya lo mencionáramos, la necesidad de explicitación de las razones que llevan al juzgador a decidir a favor de cierta pena y no otra, en el proceso penal, se encuentra relacionada a la idea del *control de racionalidad* de esas razones, vinculada al ejercicio del derecho constitucional de defensa. Así la fundamentación en la determinación de la pena integra la fundamentación del fallo, por lo que tampoco puede obviarse su motivación. Esta postura obedece a que la motivación de la sanción aplicable adquiere trascendencia desde el mismo momento en que reconocemos de que somos parte de un sistema republicano de gobierno, en virtud del cual el Estado, a través del Poder Judicial, está obligado a transmitir al justiciable las razones de su decisión en la apreciación de su posición de ciudadano y no de súbdito.

También en esta postura se enrola la autora Patricia S. Ziffer quién sobre el particular opina que: "la formulación expresa de los criterios jurídicos aplicados constituye un requisito indispensable para el control de racionalidad de las decisiones" (1).

La ley dispone (Art. 400 C.P.P.), que en la sentencia el juez actúa discrecionalmente en la individualización de la pena, esto tomando en cuenta que a beneficio del reo el Magistrado se encuentra habilitado inclusive a absolver, así como también a subsanar incorrecciones en la calificación jurídica del hecho punible acusado. Es decir, que en la labor de determinar la sanción

(1) Ziffer, Patricia S. El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la penal, en: "Contribuciones 3/96", publicación de la Fundación Konrad Adenauer, año XIII, Nº 3 (51), julio/setiembre de 1996, Buenos Aires-Rca. Argentina, pág. 156.

aplicable se identifican los criterios que deben guiar la decisión y la fijación de las circunstancias que deben o no ser tenidas en cuenta en el caso; todo ello enmarcado en la finalidad que la pena cumple en nuestro sistema.

Para la individualización de la sanción, que no implica más que el acto a través del cual el juzgador fija las consecuencias del ilícito, se parte de que el hecho punible comprobado y su autoría fundamentan la punibilidad. En efecto, nuestro digesto de fondo aclara taxativamente el punto al señalar: "*La medición se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad. Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales a favor y en contra del autor*".

Como ya mencionáramos, la comprobación fehaciente de la *reprochabilidad* se constituye en el presupuesto básico para analizar la pena y para determinar la medida de la sanción a ser aplicada. La reprochabilidad tiene un fundamento intelectual y un elemento volitivo. Intelectual, en cuanto que el autor del hecho reputado punible, conoce o puede conocer la antijuridicidad del hecho; y volitivo en cuanto a la voluntad del autor de que a pesar de ese conocimiento intelectual, decide realizar el hecho. En síntesis; el principio implica que una persona puede ser reprochada por no haber actuado conforme a la norma habiendo podido hacerlo. La consecuencia es clara: si no existe reprochabilidad, no existe pena para la conducta. La capacidad de motivarse según la norma es, pues, el presupuesto básico preliminar.

Sin embargo, la existencia del hecho punible no permite inferir, sin más, la necesidad de imponer la sanción, pues ésta, por la pena, debe cumplir además con el principio de prevención, general y especial, explícitamente establecido en el Art. 20 de la C.N., en concordancia con el Art. 3° del Código Penal.

Como se observa, en la sentencia condenatoria el juzgador podrá imponer la medida de sanción, que estime justa y procedente, dentro de los límites de punibilidad para cada hecho punible y en relación a las particularidades del caso concreto; y para lo cual deberá tomar en consideración la protección de los bienes jurídicos tutelados desde la Constitución Nacional y la readaptación y resocialización del condenado.

Por otro lado, la primera operación a realizar para justificar la aplicación de la pena será la elección del tipo de pena, a ser incursa al hecho punible objeto de acusación o también denominada determinación cualitativa. En

efecto, la labor interpretativa de jueces y tribunales debe darse en concordancia armónica con las especiales exigencias derivadas del principio de legalidad, el cual impone que no puede sancionarse ninguna conducta, ni imponerse pena alguna, si no se dan los presupuestos taxativos establecidos.

En armonía con lo expuesto, resulta así que para algunos ilícitos la ley penal señala penas alternativas entre las que debe escogerse la más adecuada (pena privativa de libertad o multa) y los casos de sustitución de una pena por otra, que implican supuestos de elección entre distintas clases de penas. También se considera determinación cualitativa la elección de lo que se denomina grado de pena y que se produce cuando la ley señala la pena inferior o superior en grado a otra. En todos los supuestos debe siempre partirse de la pena abstracta, que es la dispuesta en la parte especial del digesto para cada tipo penal (Ej. Art. 105 inc. 1°: pena privativa de libertad de diez a quince años).

Así decimos que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y decisorias, y dentro de los parámetros impuestos por el hecho punible acontecido y probado y las características, tanto subjetivas como objetivas, que lo componen o rodean, el juzgador debe *justificar en la fundamentación del fallo la pena justa, en cuanto a su adecuación a las particularidades del caso*.

De todo lo precedentemente expuesto se concluye, en consecuencia, que la norma le otorga al juzgador facultades a ejercer dentro de los límites que las reglas del Art. 65 del Código Penal le señala y relativos a la individualización de la sanción, con el deber de razonar en el texto de la sentencia los motivos de tal aplicación discrecional a fin de que quede, como corresponde, públicamente expresado que no actuó arbitrariamente.

3. DE LA PENA APLICABLE AL CASO CONCRETO

En cuanto a la concreta determinación de la pena, y siguiendo con la autora argentina *Patricia Ziffer*, ésta señala: "*La pena debe ser medida de tal modo que se garantice su función compensadora en cuanto al contenido del injusto y de la culpabilidad, y a la vez, posibilite, por lo menos, el cumplimiento de la tarea resocializadora para el autor*" (2).

(2) Ziffer, Patricia S. El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena, en: "Contribuciones 3/96, obra op. citada, pág. 136.

Como ya lo mencionáramos, las bases y los lineamientos, en cuanto a la determinación de la pena, se encuentran establecidas en el Art. 20 de la C.N., en concordancia con las disposiciones del Capítulo VI del Libro Primero, Título III del Código Penal (3) y lo normado en el Art. 5º numeral 6º del Pacto de San José de Costa Rica.

Resulta así que hallándose la conducta típica, antijurídica y reprochable y dándose, reunidos, los presupuestos de la punibilidad y estableciéndose la calificación jurídica del hecho criminoso, descendemos a la sanción penal, para lo cual, a fin de su correcta medición, deben tenerse presentes la reprochabilidad individual de cada autor y su gravedad.

A ese fin, para proceder a la correcta individualización penal en el fallo, el juzgador deberá sopesar todas las circunstancias generales a favor y en contra del autor, y particularmente, conforme al Art. 65 del Código Penal, que nos señala los criterios para la medición de la pena:

1. *Los móviles y los fines del autor*: en que se debe considerar el grado de reprochabilidad y la actitud del reo ante el hecho, realizándose un análisis sobre su excitación emotiva, los beneficios económicos obtenidos con su conducta penal y en el que se pueden considerar como agravantes: la inclinación a la violencia, fines deshonestos, intención de dañar; y, en general atenuantes: salvar el honor, provocación, extorsión y otros.

2. *La actitud frente al derecho*: este postulado se manifiesta en el hecho punible concreto, en la conducta deshonesta y quebrantadora del orden jurídico y social patentizada por la falta de respeto al bien jurídico tutelado por el Derecho Penal. Entre las circunstancias agravantes, en este punto, se podrían considerar: la rudeza, malicia, crueldad, "cuando no estén relacionadas a una enfermedad mental, desarrollo psíquico o perturbación de la conciencia", y en general como atenuantes: ausencia de antecedentes penales, móviles religiosos, razones de convicción, etc.

3. *La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del* hecho: en este apartado se analizan, a los efectos de la fijación de la pena justa y equitativa, la reacción criminal, la premeditación y alevosía empleada en el acto. Así podrían considerarse a ese efecto como agravantes: la planificación precisa, repetición del hecho punible en la misma víctima y como am-

(3) Arts. 1, 2, 3, 65, 67 y demás concordantes Código Penal Paraguayo.

bivalentes: la utilización de armas falsas para la comisión del ilícito, personalidad débil y otros.

4. *El grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar*: este apartado se halla relacionado a la posición de garante de ciertos autores del hecho punible y a los delitos culposos y de comisión por omisión.

5. *La forma de realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho*: aquí se considera la importancia de los mecanismos empleados para la consumación del hecho, inclusive la falta a los deberes de cuidado que deben observarse. Entre tales circunstancias podríamos citar a los efectos de su consideración, el lugar o sitio de comisión del hecho punible, la hora "de noche, mayor inseguridad, miedo de la víctima", tiempo de duración, peligrosidad de las herramientas empleadas. Por su parte, entre las consecuencias reprochables del hecho punible, que forman parte del dolo del autor, se podrían citar la muerte de la víctima, daños físicos o síquicos ocasionados al sujeto pasivo del delito, etc.

6. *La vida anterior del autor y sus condiciones personales*: cabe aquí la consideración hacia los antecedentes penales del encausado, su edad (4), su forma de vida, las condiciones económicas y de vida en las que se desenvuelve en cuanto a los ingresos económicos, lugar de residencia, preparación académica. Consideramos en ese sentido que la falta de datos sobre el autor no deben computarse contra el mismo.

7. *La conducta posterior a la realización del hecho y en especial los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima*: en este numeral se analizan la voluntad de reparación y deseos de reconciliación del autor para con la víctima del hecho, y demostrados por el encausado: la conducta evasiva, esquiva, en otros casos. Para la graduación de la sanción penal

---

(4) En este apartado cabe citar las apreciaciones y fundamentaciones expuestas en el Acuerdo y Sentencia N° 101, de fecha 23/10/2003, del Tribunal de Apelación en lo Criminal de Asunción, Sala 4, en los autos: "G.A. S/ Estafa y Lesión de Confianza", que sobre el particular señala: "La pregunta que necesariamente debió hacerse el Tribunal de Sentencia es: si se obliga al imputado, de 84 años de edad, a cumplir una pena privativa de libertad de 3 (tres) años; con ello la sociedad estaría a salvo del mismo? ¿y éste a su vez obtendría su readaptación para una vida futura sin delinquir?.

el juzgador podría considerar las pautas establecidas en este apartado a fin de valorar la pena más adecuada al caso concreto, pudiendo a ese efecto tomar en cuenta la reparación de los daños y su actitud posterior ante la víctima y en relación a la conducta realizada, siempre y cuando ésta resulte coincidente con los demás elementos probatorios valorados.

Como observáramos, con el análisis precedentemente esbozado, "se enfatiza la necesidad de evitar todo atisbo de arbitrio judicial en la elección de la calidad y la cantidad de la pena a aplicar, a través del diseño de pautas teóricas más o menos firmes que guíen en el proceso de individualización de la pena y circunscriban los límites que no es posible traspasar" (5).

Hoy en día deviene, como se observa en nuestra legislación, el arraigo insoslayable para la imposición de la sanción del principio de reprochabilidad, en base al cual debe considerarse que es sólo punible quien obra con reproche, congraciándose nuestro sistema, conforme se observa y en cuanto atañe a la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del hecho punible y erigida en requisito de eficacia para la individualización de la pena, con la *humanización* de las sanciones, su coherencia y efectividad, atenuando al máximo el costo del sistema punitivo, estableciendo parámetros claros para la individualización razonada de una pena correcta, justa y necesaria para cada caso concreto.

Por otro lado, ya en el ámbito netamente procesal, y concatenado con lo expuesto, observamos la normativa de los Art. 377 y siguientes del C.P.P. que permiten la separación del debate del juicio oral en dos fases consecutivas (6): la primera relativa a la cuestión de la reprochabilidad y la segunda a la determinación de la pena. Este segundo apartado del juicio permite un tratamiento específico de la individualización de la pena, posibilitando un veredicto más justo y fundado en las circunstancias del caso.

Finalmente, y para concluir este parágrafo, cabe señalar que las enunciaciones dispuestas en el Art. 65 inc. 2° del Código Penal, como circunstancias generales a favor y contra del autor, a ser consideradas que no son taxativas, pues el juzgador debe sopesar toda circunstancia general, determinando en qué casos beneficia o perjudica al autor en cuanto a la fijación de la pena.

(5) Cafferata Nores, José I. Introducción al Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba-Argentina, año 1994, pág. 217.

(6) Instituto procesal penal denominado corrientemente cesura del juicio.

Por otro lado, el inc. 3° del Art. 65 dispone: "En la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo penal". Esto implica que al determinar la pena en concreto, para el caso justiciable, no podrán ser consideradas aquellas circunstancias que ya son elementos del tipo penal. En ese sentido, es lógico que las valoraciones que realizara el legislador, las que tuvo en cuenta para la formulación del tipo de pena ya no sean nuevamente utilizadas por el juez para individualizar la pena a ser aplicable al caso concreto.

Se trata de una *prohibición de doble valoración.* Así, por ejemplo, en el tipo penal de homicidio doloso, el juzgador ya no podría valorar que con la acción del autor éste haya producido la muerte de una persona, pues lo que fundamenta el tipo penal del Art. 105 del digesto de fondo es justamente el fallecimiento de un ser humano.

4. LA REINCIDENCIA Y SU VALORACION PARA LA MEDICION DE LA SANCION

La reincidencia es, sin dudas, uno de los puntos más discutidos en el análisis de la determinación de la pena. Aunque en el Art. 65 del digesto de fondo no se establece expresamente que en el momento de determinar la sanción se deberán tomar en cuenta las reincidencias penales, en las que hubiere incurrido el autor, la misma se halla inmersa en la disposición del inc. 2° numeral 6°, pues en numerosos fallos se la ha invocado como agravante de la conducta del acusado (7).

Consideramos en ese sentido que la inclinación, a favor o en contra de la fundamentación y justificación de la reincidencia, está supeditada a la posición que se adopte respecto a la función y los fines de la pena para cada caso concreto y que conforme los lineamientos constitucionales y legales, que ya fueron objeto de análisis precedente, el Magistrado se encuentra en la obligación de realizar.

---

(7) Véase fallo del Tribunal de Apelación en lo Criminal de Asunción, Sala 2. Acuerdo y Sentencia N° 13 de fecha 19/02/2004, en la causa: M.A. del R. S/ Estafa", en la que el tribunal con respecto a la sanción penal calculándola, conforme con el Art. 65 del Código Penal, que establece las bases para la medición de la pena, por unanimidad consideró: "De la vida anterior del autor se puede ver en las constancias de autos que el procesado posee antecedentes penales, circunstancia que agrava su situación jurídica".

Aparentemente, y por los fallos consultados, nuestra jurisprudencia es conteste en el sentido del reconocimiento en los autores reincidentes de un mayor grado de peligrosidad, de mayor energía criminal, interpretación derivada de un aparente juicio de probabilidad de conducta futura, cuyo pronóstico debe hacerse en cada caso concreto, pues socava los pilares garantistas de nuestro Estado de Derecho.

Consideramos que el principio de igualdad y de dignidad consagrado en nuestra Carga Magna, en consonancia con los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Paraguay, nos lleva, sobre el punto, a reflexionar y verificar que todos los seres humanos son iguales ante la ley, cuando son "*sancionados*" por lo que hacen y no por lo que son, y que sólo por sus acciones y no por su vida anterior al hecho, o distinta personalidad, pueden ser incriminados con más rudeza.

En suma, la diaria problemática criminal pasa por la necesidad de elaborar un plan que diseñe una política criminal acorde a la realidad, que requiere de un inventario de datos relevantes para explicar la posible agresión delictiva, el balance de nuestro sistema penal, sus operadores y si las normas y sus alcances son suficientes. Desde todos los tiempos, en ese sentido, se han detectado las falencias e innegable realidad de nuestro sistema de ejecución penitenciaria, que nos demuestra que la pena privativa de libertad, abultada, no cumple con el postulado resocializador.

En esta línea de pensamiento, se manifiesta el autor *Bustos Ramírez* al afirmar: "*El principio de responsabilidad lleva a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema penal, lo cual implica entonces la coresponsabilidad del sistema, pues para exigir, es necesario que se hayan otorgado las correspondientes condiciones para esa exigencia*" (8).

En conclusión, la interpretación jurisprudencial del Art. 65 inc. 2°, numeral 6°, no se concilia con el principio de reprochabilidad y su proporción, si se considera a la reincidencia como un factor determinante para la graduación de la culpabilidad. Al sujeto se lo debe sancionar por la infracción penal cometida y no por su vida o conducta anterior.

---

(8) Ramírez Bustos. Principios fundamentales de un derecho penal democrático". Revista de Ciencias Penales, año 5, N° 8, San José de Costa Rica, marzo de 1994, pág. 14.

5. CONCLUSIONES

Reglas claras, desde todo punto de vista, aseguran una mejor administración de justicia. En ese contexto, es necesario que el fallo condenatorio fundamente la ponderación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas de la conducta producida, conforme a las exigencias y las bases de medición de la pena establecidas en el Art. 65 del Código Penal.

Es importante que las sentencias estimen las penas adecuadas y justas en función a las pautas de medición contenidas en el digesto penal en concordancia con las disposiciones constitucionales. Es justamente esta actualidad jurídica, limitativa de los poderes del Estado, por medio de vinculaciones e imperativos, los que caracterizan al Estado de Derecho.

Por otro lado, también resulta necesario revertir la interpretación de la reincidencia penal como agravante de la conducta en la individualización de la pena, que valora un hecho punible anterior ya juzgado, y con pena privativa de libertad cumplida, a los efectos de agravar la reacción penal por una infracción penal posterior. En ese sentido, es necesario encuadrar nuestro sistema al derecho penal de hecho y no al sistema, desterrado, del derecho penal del autor.

LA CONSTITUCION DE 1844 (*)

Por Luis Lezcano Claude (**)

INTRODUCCION

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, a poco tiempo de iniciada la Revolución Francesa, establecía en su artículo 16 que *"toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución"*. Expresada esta idea en forma positiva, significa que sólo se puede hablar de constitución cuando ella establece, como presupuestos mínimos, una declaración de derechos y la separación de los poderes, es decir, que el ejercicio de las distintas funciones del poder está a cargo de diferentes órganos de gobierno.

Basando nuestro análisis en la existencia o no de las dos partes fundamentales mencionadas, podemos afirmar que la Constitución de 1844 debe ser considerada como la primera ley fundamental propiamente dicha, que tuvo el Paraguay (1).

(*) Este trabajo fue escrito para el Curso de Doctorado de esta Facultad.

(**) Profesor Asistente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

(1) En el Reglamento de Gobierno de 1813 -único precedente nacional en cuanto a instrumentos que organizan el ejercicio del poder- la separación de poderes sólo aparece en forma embrionaria. Prácticamente todo el Reglamento se ocupa en reglar la figura del Consulado, y la alusión a otros órganos es sólo incidental. Así, "se deja al arbitrio y prudencia de los dos cónsules ... la creación de un tribunal superior de recurso ...". Se disponía también que un Congreso general debía reunirse anualmente (véanse los artículos 12 y 14). Además de la circunstancia apuntada, el Reglamento de 1813 carecía de una declaración de derechos.

En la Constitución de 1844 está claramente establecida la separación de poderes y aparece también una declaración de derechos. Es cierto que existe un abrumador predominio del Poder Ejecutivo y que la declaración deja mucho que desear, pero ambas características están presentes.

CIRCUNSTANCIAS HISTORICAS

El proyecto de constitución fue redactado por Carlos Antonio López con la colaboración de Andrés Gill, entonces secretario general de gobierno. Un Congreso General, convocado durante el gobierno del Segundo Consulado e integrado por trescientos diputados, inició sus deliberaciones el 13 de marzo de 1844. El cónsul López presentó el proyecto y propuso que fuera adoptado como constitución. Así se hizo sin discusión alguna en ese mismo día, y el propio López, elegido Presidente de República, la promulgó el 16 de marzo de 1844.

CARACTERISTICAS GENERALES

La denominación oficial de este cuerpo constitucional es la de *"Ley que establece la administración política de la República del Paraguay, y demás que en ella se contiene"*. Está dividida en diez títulos y contiene 103 artículos. Carece de preámbulo. Analizándola en cuanto a la distinción clásica entre parte dogmática y parte orgánica, vemos que la mayor parte del texto -nueve títulos con 90 artículos- está dedicada a determinar los órganos de gobierno y sus funciones (en realidad, principalmente el Poder Ejecutivo y en forma más breve el Congreso, pero nada en cuanto al Poder Judicial, respecto del cual sólo se hace una remisión). Por otra parte, sólo los trece artículos finales -en rigor, no todos- conforman la parte dogmática.

En nuestra opinión se debe considerar que el ordenamiento constitucional de 1844 comprende no solamente el texto constitucional propiamente dicho, sino también *"las leyes y decretos sancionados por el Soberano Congreso de 25 de Noviembre de 1842"*, ratificados en virtud del artículo 11, del Título X, de la Ley Fundamental que estudiamos. Entre estos documentos cabe mencionar el Acta de Independencia, los que se refieren a los símbolos nacionales y a la libertad de vientres, el Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia y los que contienen otras resoluciones. Como se puede apreciar, de este modo se amplían tanto la parte dogmática -que incorpora disposiciones muy importantes- como la parte orgánica-particularmente en cuanto a las normas referentes al órgano judicial, que no aparecen en el texto constitucional propiamente dicho.

En el año 1856, la Constitución de 1844 fue objeto de una reforma cuyo contenido veremos más adelante.

SEPARACION DE PODERES

La Constitución de 1844 consagra en forma clara y terminante la división tripartita de las funciones del poder. El artículo 1, del título I, establece lo siguiente: *"La Administración General de la República se expedirá en adelante por un Congreso o Legislatura Nacional de Diputados Representantes de la República; por un Presidente en quien resida el Supremo Poder Ejecutivo y por los Tribunales y Jueces establecidos por ley del Soberano Congreso Extraordinario del 25 de noviembre de 1842"*. Al Congreso se otorgaba la facultad de *"hacer las leyes, interpretarlas o derogarlas"*; al Presidente, la de *"hacer ejecutar las leyes y reglamentarlas para su ejecución"* y a los jueces y tribunales, la de *"aplicar las leyes"* (2).

Sin embargo, no existía equilibrio entre los órganos de gobierno. Por el contrario, las disposiciones constitucionales conformaban un Poder Ejecutivo extremadamente fuerte, cuyas atribuciones y cuyo carácter de único órgano político permanente determinaban el sometimiento de los otros órganos y la concentración del ejercicio del poder. Uno de los títulos se denomina "*Del Poder Ejecutivo Permanente"* y en algunos artículos se habla del "*Supremo Poder Ejecutivo"* (3).

EL CONGRESO NACIONAL

Composición, elección, requisitos. El Congreso Nacional estaba integrado por doscientos diputados elegidos, conforme lo estipulaba el Art. 1º, del Título II, *"en la forma hasta aquí acostumbrada, debiendo ser ciudadanos propietarios de las mejores capacidades y patriotismo"*. La costumbre observada era la de que los diputados fueran elegidos por la universalidad de los ciudadanos; sin embargo, el derecho de ser miembro del Congreso estaba limitado a la clase propietaria. En otras palabras, todos los ciudadanos eran electores, pero sólo los propietarios eran elegibles.

Posteriormente, el Congreso General extraordinario del 3 de noviembre de 1856, disminuyó a cien el número de diputados y especificó los requisitos exigidos para desempeñar tal función, al establecer que los integrantes

2) Cfr. Arts. 1º a 4º del Título I.
3) Véase el Título II, y los artículos 1 y 3 del Título I.

del Congreso debían ser *"ciudadanos revestidos de las condiciones de la propiedad, probidad, buena fama, conocido patriotismo, del goce de todos los derechos civiles, y de una capacidad regular"* (Art. 1º).

Asimismo, se extendió a los electores la exigencia de ser propietario (Art. 2º). Como afirma Pastore, *"los que no tenían tierras no podían votar ni ser elegidos miembros del Congreso"* (4).

En cuanto a la elección de los diputados, se dispuso lo siguiente: *"El gobierno dirigirá una circular para la elección de diputados, con designación del número que corresponda a cada distrito … Las juntas electorales serán convocadas y presididas en las Villas por los Jefes de milicias; las elecciones tendrán lugar a pluralidad de votos …"* (Art. 3º).

Sesiones ordinarias y extraordinarias. El Congreso o Legislatura Nacional era convocado por el Presidente de la República a sesiones ordinarias de cinco en cinco años; y a sesiones extraordinarias toda vez que las circunstancias lo demandaran. Una vez reunido el Congreso sesionaba durante todo el tiempo que el mismo acordara. El Presidente hacía la apertura del Congreso y pasaba *"informe por parte oficial del estado político de la República, y de las mejoras y reformas que considere dignas de su atención"*. Finalmente, cerraba sus sesiones (5).

La atribución de declarar la guerra. Correspondía al Congreso declarar la guerra, oídos los motivos que expusiera el Presidente de la República (6).

El 18 de marzo de 1865, el Congreso paraguayo declaró la guerra a la Argentina. La comunicación al gobierno de ese país se hizo sólo el 29 del mismo mes.

Con el Brasil las hostilidades se iniciaron sin que se produjera simultáneamente una formal declaración de guerra. En la protesta del 30 de agosto de 1864, el gobierno paraguayo había señalado que consideraría la invasión del territorio uruguayo por tropas brasileñas como un acto *"atentatorio al equilibrio de los Estados del Plata, que interesa a la República del Paraguay como garantía de su seguridad, paz y prosperidad"* y, en consecuencia, se-

4) C. Pastore, La lucha por la tierra en el Paraguay, Montevideo, Editorial Antequera, 1972, pp. 165-168.

5) Cfr. Art. 2º, del título II; y Arts. 4º y 5º, del título VII.

6) Cfr. artículo 3°, del título III.

guidamente afirmaba *"que protesta de la manera más solemne contra tal acto, descargándose desde luego de toda la responsabilidad de las ulterioridades de la presente declaración"*.

Una vez llegada a la Asunción la noticia de que el ejército brasileño había penetrado en territorio uruguayo, López ordenó el inicio de las hostilidades, para lo cual -dados los antecedentes- no juzgó necesario declarar formalmente la guerra. El 12 de noviembre de 1864 el buque brasileño "Marqués de Olinda" fue apresado. En esa misma fecha fueron rotas las relaciones con el Brasil.

Sin embargo, más adelante, el 18 de marzo de 1865, en la misma ley por la cual se declaraba la guerra a la Argentina, el Congreso resolvió también lo siguiente: *"Apruébase la conducta del Poder Ejecutivo de la Nación para con el Imperio del Brasil, en la emergencia traída por su política amenazadora del equilibrio de los Estados del Plata, y por la ofensa directa inferida al honor y la dignidad de la nación; y usando de las atribuciones del Art. 3º, Tít. 3º de la Ley del 13 de marzo de 1844, autorízasele para continuar la guerra"*.

En cuanto al Uruguay la guerra se extendió en su calidad de aliado del Brasil y, posteriormente, de firmante del tratado secreto de la Triple Alianza, del 1º de mayo de 1865.

Atribuciones en materia de fondos públicos. El Congreso debía *"fijar los gastos generales con presencia de los presupuestos que presentare el Presidente de la República"* y *"recibir las cuentas de inversión de los Fondos Públicos, examinarlas y aprobarlas"* (7). En otras palabras, el Presidente debía someter al estudio y aprobación del Congreso el presupuesto de gastos del gobierno y posteriormente debía rendir cuenta de la ejecución del mismo. Teóricamente parecería un buen mecanismo de control del Congreso sobre el Poder Ejecutivo, pero dudamos de que en la práctica ofreciera resultados positivos considerando la frecuencia quinquenal de las reuniones del Congreso y las amplias atribuciones del Presidente.

PODER EJECUTIVO.

Composición. El Poder Ejecutivo tenía carácter unipersonal. *"El Gobierno Nacional permanente ha de ser desempeñado por un solo ciudadano*

7) Cfr. artículos 5º y 6º, del título III.

con la denominación de Excelentísimo Señor Presidente de la República del Paraguay" (8).

Requisitos. Como requisitos para ocupar el cargo de Presidente de la República se exigía: a) ser ciudadano del fuero común, con lo cual quedaban inhabilitados los militares y los eclesiásticos; b) ser natural del país; c) tener cuarenta y cinco años de edad; d) tener capacidad, honradez, patriotismo y buena conducta moral; y e) poseer un capital propio de ocho mil pesos (9).

El Congreso Extraordinario reunido en noviembre de 1856, redujo a treinta años la edad mínima exigida para ser Presidente de la República y en forma indirecta eliminó el requisito de ser del fuero común, con lo cual también los militares quedaban habilitados. El artículo 4º disponía lo siguiente: *"Serán admitidos a la candidatura de la Presidencia, desde la edad de treinta años, los ciudadanos capaces de prestar ese importante servicio a la República"*.

Elección del Presidente. El sistema de elección del Presidente era indirecto. En efecto, el Congreso Nacional debía elegirlo en sesión permanente, por votación nominal dada *in voce* por cada diputado. La mayoría requerida para la elección quedaba conformada con cuatro votos sobre la mitad, como mínimo. En caso de resultar empatada la votación, se la repetía por segunda vez, y si en esta ocasión ninguno obtuviese la mayoría, se debía proceder a un sorteo entre los candidatos entre quienes estuviesen divididos los votos, así resultaría electo Presidente el que decidiera la suerte (10).

En virtud de la designación realizada por el mismo Congreso de 1844, Carlos Antonio López se convirtió en el primer Presidente constitucional que tuvo el Paraguay y en tal carácter promulgó la Constitución el 16 de marzo del citado año.

Duración del período presidencial. El período presidencial duraba diez años (11), y como no existía ninguna disposición que lo prohibiera, el Presidente de la República podía ser reelecto, como de hecho ocurrió.

---

8) Cfr. Art. 1, del Título IV.
9) Cfr. Art. 2, del Título IV.
10) Cfr. Art. 2º, del título III; y Arts. 1º, 3º y 4º, del título V.
11) Cfr. artículo 4°, del Título IV.

En efecto, Carlos Antonio López fue electo Presidente por un primer período comprendido entre marzo de 1844 y marzo de 1854. Luego fue reelecto, pero sólo aceptó un mandato de tres años, que abarcaba de marzo de 1854 a marzo de 1857. Posteriormente fue nuevamente reelecto por otro período de diez años, que no llegó a completar. En esta última etapa ejerció la presidencia desde marzo de 1857 hasta el 10 de septiembre de 1862, fecha en que falleció.

Falta temporal o definitiva del Presidente. En caso de falta temporal del Presidente por enfermedad o ausencia, lo reemplazaba el Juez Superior de Apelaciones con calidad de Vicepresidente. Lo mismo ocurría en caso de falta definitiva durante el lapso que mediara entre la muerte del Presidente, su renuncia u otra causa, y la elección de un nuevo titular del Ejecutivo, por el Congreso (12).

Posteriormente, la reforma de 1856 confirió al Presidente la atribución de designar en pliego reservado a la persona que ejercería la Vicepresidencia de la República en los casos previstos constitucionalmente (13). En consecuencia, dicha facultad ya no correspondería al Juez Superior de Apelaciones.

A la muerte de Carlos Antonio López, el 10 de septiembre de 1862, de conformidad con lo consignado en el pliego reservado dejado por éste, asumió provisionalmente la presidencia el Gral. Francisco Solano López. Poco después el Congreso reunido el 16 de octubre de 1862 lo designó, por unanimidad, presidente efectivo.

Algunas atribuciones del Presidente. Entre las atribuciones del Presidente de la República se pueden mencionar las siguientes:

a) En materia militar, tiene las atribuciones y prerrogativas de Capitán General (Art. 3º, del Título VI). Es el Jefe Supremo de las fuerzas navales y de tierra, exclusivamente encargado de su dirección en paz y en guerra; puede mandar en persona el ejército o en su lugar nombrar un jefe general que lo mande (Art. 7º, del Título VII). Fija la fuerza de línea y las milicias en todos sus ramos (Art. 11, Título VII).

12) Cfr. artículos 5° y 9° del Título IV.
13) Cfr. artículo 5°, de la Reforma de 1856.

b) Su autoridad es extraordinaria en los casos de invasión, de conmoción interior y cuantas veces fuere preciso para conservar el orden y la tranquilidad pública (Art. 1º, del Título VII).

c) Negocia y firma tratados de paz y alianza, de conformidad con lo dispuesto por el Congreso de 1842 que limitaba a los mencionados, los asuntos sobre los cuales se podían celebrar acuerdos. Los tratados suscriptos debían ser aprobados por el Congreso (14).

d) En cuanto a las relaciones con la Iglesia, ejerce el patronato, nombra a los obispos y a los miembros del Senado eclesiástico, celebra concordatos con la Santa Sede, aprueba los decretos de los concilios y las bulas o breves pontificias y aplica el diezmo (15).

e) Es juez privativo en las causas reservadas en el Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia. Dichas causas son las de *"traición a la República"*, *"conmoción o conjuración contra el orden y tranquilidad pública"* y *"atentar contra la vida del Supremo Gobierno de la República"*. Entendemos que el juzgamiento de los casos de atentados contra la independencia de la República o contra la ley fundamental, previstos en el artículo 13, del Título X, también correspondía al Presidente de la República, pues el primero de estos hechos tradicionalmente ha sido considerado como traición a la patria; y el segundo, sin duda, puede ser entendido como un caso de conjuración contra el orden público (16).

f) Puede indultar o conmutar la pena capital, previo informe del juez de la causa (17).

g) Puede conceder amnistías dando cuenta al Congreso Nacional (18).

---

14) Cfr. artículo 12, del Título III; artículo 10, del Título VII; artículo 4º, del Título IX; y artículo 20, del Congreso General Extraordinario del 26 de noviembre de 1842.

15) Artículos 16, 17 y 22, del Título VII; y artículo 12, del Congreso General Extraordinario del 26 de noviembre de 1842.

16) Cfr. artículo 18, del Título VII; artículo 13, del Título X; y artículo 57, del Estatuto para la Administración de Justicia.

17) Cfr. Art. 20, del Título VII, de la Constitución de 1844, y Art. 58, del Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia.

18) Cfr. artículo 29, Título VII.

Ministerios. En cuanto a los ministerios, no sólo su número y denominación quedaban librados a la voluntad del Presidente, sino su misma existencia. La Constitución establecía que "cuando el Presidente de la República lo creyere conveniente, podrá nombrar uno o más Ministros Secretarios de Estado ..."(19).

Durante el gobierno de los López, los ministerios fueron los siguientes: del Interior, de Hacienda, de Relaciones Exteriores y de Guerra y Marina.

CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado apareció por primera vez en el Derecho Constitucional paraguayo en la Ley Fundamental de 1844.

Caracterización. En la Constitución de 1844, el Consejo de Estado estaba delineado como un organismo asesor del Presidente de la República, es decir, como un organismo meramente dictaminante. En la Constitución de 1967 también apareció legislado, en principio, con tal carácter; aunque luego por las atribuciones que se le otorgaron, sobrepasó esa función dictaminante. En la Constitución de 1940, si bien no se definió el carácter de este organismo, las facultades de que se lo invistió hicieron que su actividad fuera mucho más allá de la simple emisión de dictámenes. Esto, sin embargo, no ocurrió con la Ley fundamental de 1844, en la cual el Consejo de Estado no desbordó su carácter de organismo exclusivamente dictaminante.

Funcionamiento. La disposición que decía: *"el Consejo de Estado en la República del Paraguay se compondrá eventual o temporalmente ..."* (Art. 1º del Título IX), parecía indicar que su misma integración o la duración en el ejercicio de sus funciones una vez integrado, dependían del Presidente de la República tomando en consideración que éste tenía a su cargo el nombramiento de la mayor parte de sus miembros (salvo los natos).

Además, el Consejo de Estado sólo podía reunirse a invitación del titular del Ejecutivo (20).

Composición. El Consejo de Estado estaba integrado por las siguientes personas: a) el Prelado Diocesano, b) dos jueces de la magistratura, c) tres ciudadanos de capacidad, y d) los ex-presidentes de la República.

19) Cfr. artículo 1°, del Título VIII.
20) Cfr. Arts. 1º, 8º y 11 del Título IX

Con respecto al nombramiento de los miembros de este órgano, debemos apuntar en cuanto al Prelado Diocesano, que figuraba entre las atribuciones del Presidente de la República la de nombrar a los obispos. También le correspondía la designación de los jueces y ciudadanos que formaban parte del Consejo de Estado.

Como se puede apreciar, el Presidente de la República tenía un completo dominio sobre este órgano, pues -además de lo que dijimos acerca de su funcionamiento- de él dependía el nombramiento de la mayor parte de sus miembros. Acentuando aun más esta facultad, la Constitución que nos ocupa prescribía que *"las vacantes de los Miembros del Consejo serán reemplazadas con los nombramientos que hiciere el Presidente de la República"*.

Cabe señalar también que los ministros del Poder Ejecutivo no formaban parte de este cuerpo consultivo y que en él, los llamados "grupos de presión" no tenían la importante representación que les otorgaron las constituciones paraguayas del presente siglo (21).

Atribuciones. La principal atribución del Consejo de Estado era la de emitir dictámenes sobre diversos asuntos sometidos a su consideración. En general, esa función dictaminante se ejercía respecto de *"los negocios graves y medidas generales de pública administración" (*22) y en especial, en los siguientes casos:

a) Si se produjere una guerra exterior. La declaración de guerra correspondía al Congreso Nacional, pero antes debía oír los motivos que expusiera el Presidente de la República. A su vez, ésta debía recabar previamente la opinión del Consejo de Estado. Igualmente importante era este parecer en relación con las medidas preparatorias que el Presidente tenía que adoptar en caso de que se produjera un enfrentamiento bélico (23).

b) Cuando se suscribieren *"tratados con enviados de los Estados vecinos o Potencias extranjeras"*. La negociación y la firma de los tratados internacionales estaba a cargo del Presidente de la República, quién debía ha-

21) Acerca de esta parte véanse los Arts. 16 del Título VII, 1º, 9º y 11 del Título IX.

22) Art.4°, 1ª. p., del Título IX.

23) Cfr. Art. 4°, 2ª. p., del Título IX.; Art. 3° del Título III; Art. 9° del Título VII.

cerse asesorar por el Consejo de Estado para el efecto. La ratificación de los mismos correspondía al Congreso (24).

c) *"Cuando fuere necesario conceder amnistía"*. Entre las atribuciones del titular del Ejecutivo figuraba la de conceder amnistías. En caso de que hubiere de ejercer esta facultad, el presidente debía oír el parecer de los miembros del órgano consultivo que estudiamos (25).

d) Cuando se ejerciere la facultad de vetar leyes o decretos del Congreso. Igualmente ésta era atribución del Presidente de la República, quien antes de ponerla en práctica debía recabar el parecer del Consejo de Estado (26).

e) Cuando se hubiere de *"convocar extraordinariamente al Congreso"*. Al Presidente de la República le correspondía convocar al Congreso en forma ordinaria *"en la época fijada por esta ley"*, o en forma extraordinaria *"cuando las circunstancias lo demanden"*. En este último caso, se tomaba en consideración la opinión del Consejo de Estado (27).

Naturaleza jurídica de sus actos. El acto típico del Consejo de Estado es el dictamen. Dictamen significa "opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa (28). Este parecer u opinión no tiene fuerza obligatoria para quien lo haya solicitado, sólo sirve como referencia, como un criterio que puede ser tenido en cuenta o no al resolver un asunto. En este sentido, la Constitución de 1844 prescribía que "el Presidente de la Nación, después de impuesto de los dictámenes del Consejo de Estado, puede separarse de ellos, no hallándolos convenientes, y adoptar las resoluciones que tuviese a bien" (Art. 10º del Título IX).

Justificación de su existencia. En nuestra opinión, la existencia del Consejo de Estado -a pesar de depender en forma absoluta del Presidente de la República en cuanto a su funcionamiento y composición- encuentra su justificación en la forma en que están estructurados los órganos del poder en la

24) Cfr. Art. 4°, 2ª. p., del Título IX; Art. 1° del Título VII; Art. 12 del Título III.

25) Cfr. Art. 4º, 2ª. p., del Título IX; Art. 29 del Título VII.

26) Véase el Art. 4º, 2ª. p., del Título IX.

27) Cfr. Art. 4º del Título IX; y Art. 4º del Título VII.

28) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Vigésima Edición, t. 1, 1984, p. 496.

29) Art. 2º del Título II.

Constitución de 1844. En efecto, el Congreso se reunía en forma ordinaria cada cinco años (29) y la existencia de ministros que pudieran secundar al Presidente no era obligatoria. La Constitución decía: "Cuando el Presidente de la República lo creyere conveniente, podrá nombrar uno o más Ministros Secretarios de Estado..." (30).

TRIBUNALES Y JUZGADOS

En cuanto a los Tribunales y Juzgados, la Constitución de 1844 hacía una remisión a los *"establecidos por ley del Soberano Congreso Extraordinario del 25 de Noviembre de 1842"* (31). Dicho Congreso aprobó el *Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia* en el cual se regula este tema. De conformidad con las disposiciones del Estatuto, la administración de justicia estaba a cargo de Jueces de Paz, Alcaldes Ordinarios, Jueces Comisionados, Jueces de lo Civil y de lo Criminal y un Juez Superior de Apelaciones.

Todos los jueces eran nombrados por el Poder Ejecutivo, el cual tenía también la facultad de reemplazarlos a su criterio. Estaba prevista la posibilidad de establecer otro mecanismo para el nombramiento de los jueces, pero *"quedando siempre reservado al Supremo Gobierno el nombramiento del Juez Superior de Apelaciones"*. Con tales disposiciones, indudablemente no se puede hablar de independencia del Poder Judicial, ni de inamovilidad de los magistrados.

Para ser juez se requería *"además de alguna capacidad, ser ciudadano natural de la República, tener algún capital o industria útil, ser hombre de probidad y de buena moral y las demás circunstancias que requieren las leyes generales"*.

Se establecía también que *"todos los jueces son responsables ante la ley de la menor injusticia que cometieren"* (32). En el régimen de la Constitución de 1844, el principio de responsabilidad de los gobernantes sólo está consagrado en forma expresa en relación con los jueces.

---

30) Art. 1º del Título VIII.

31) Cfr. artículo 1º, del Título I.

32) Lo expuesto en esta parte está basado en los artículos 1º, 22, 42, 64, 75 y 77, del Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia.

Una disposición importante contenida en la propia Constitución, era la que establecía la jurisdicción exclusiva de tribunales y jueces nacionales dentro del territorio de la República. En consecuencia, todos los habitantes,*"sea cual fuese su oriundez"*, estaban sometidos a la justicia paraguaya, y se prohibía el establecimiento de tribunales extranjeros. Cabe recordar que en esa época las grandes potencias pretendían imponer la extraterritorialidad para sus súbditos (33).

Más arriba ya hemos hecho mención de las causas reservadas al Poder Ejecutivo en el Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia (Art. 57).

PARTE DOGMATICA

Como ya hemos señalado, los derechos fundamentales garantizados a los gobernados en el texto mismo de la Constitución, no son muchos. Están consagrados la igualdad ante la ley, el derecho de peticionar a las autoridades (*"derecho a ser oidos en sus quejas"*) y el derecho de salir del territorio de la República o de entrar en él (34). Se reconocía también a los ciudadanos el derecho al sufragio para elegir a los diputados integrantes del Congreso Nacional. Con posterioridad, dicho derecho quedó limitado a los que fueran propietarios (35).

Prácticamente no existía libertad de enseñanza, pues "*los establecimientos particulares de educación primaria, y los de otras ciencias que en adelante se establezcan en la República, sacarán primero licencia del Supremo Gobierno, siendo obligados los preceptores o maestros a presentar el plan de enseñanza, las materias que tratan de enseñar y los autores que se propongan seguir, sujetándose en todo a los reglamentos que les diere el Supremo Gobierno Nacional"* (36).

Tampoco existía libertad de prensa, pues para establecer una imprenta se debía solicitar permiso al gobierno y asumir el compromiso de cumplir con las normas que éste le impusiere, en garantía de lo cual se daba una fianza de dos mil pesos (37).

33) Cfr. artículo 9º, del Título X.
34) Cfr. artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Título X.
35) Cfr. Art. 1º del Título II, y Art. 2º de la Reforma de 1856.
36) Artículo 7º, del Título X.
37) Cfr. artículo 8º, del Título X.

La muy limitada enunciación de derechos que contiene la Constitución de 1844 debe considerarse ampliada por la remisión que se hace a otras disposiciones legales. Así, en virtud del Art. 11, del título X, *"se ratifican las leyes y decretos sancionados por el Soberano Congreso del 25 de Noviembre de 1842"*. Además, el Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia, al cual se remite la Constitución en ciertos temas, consagra también algunos derechos fundamentales.

El documento de mayor trascendencia aprobado por el Congreso de noviembre de 1842, fue el Acta de Independencia cuyo artículo primero reza así: *"La República del Paraguay es para siempre de hecho y de derecho una nación libre e independiente de todo poder extraño"*. Tan importante declaración fue mantenida, en su parte substancial, en todos las constituciones posteriores, incluida la actualmente en vigor.

Por ley del 25 de noviembre de 1842 se establecieron los símbolos nacionales, hasta hoy vigentes.

Dicho Congreso aprobó también el decreto de libertad de vientres del 24 de noviembre de 1842, en virtud del cual los hijos de madre esclava, que nacieran a partir del 1º de enero de 1843, serían libres. La prohibición del tráfico de esclavos, establecida también en dicho decreto, fue reproducida en la Constitución (38).

Otra de las resoluciones del mencionado Congreso establecía lo siguiente: *"Queda prohibido conceder o permitir en el territorio de la República la tolerancia de sectas religiosas, o la libertad de los cultos"* (39). En consonancia con dicha disposición estaba la declaración de la religión católica como única del Estado, que incidentalmente contenía la fórmula del juramento presidencial (40).

En el Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia se estableció la prohibición de la prisión por deudas (Art. 68), la obligación de que las sentencias estuvieran fundadas en leyes vigentes (Art. 69) y la abolición de la pena de tormento y de la confiscación de bienes (Art. 71).

---

38) Cfr. artículo 10, del Título X.

39) Artículo vigésimo quinto de las Resoluciones del Congreso General de 1842, en C. Pappalardo Z. (comp.), Paraguay: Itinerario Constitucional, Asunción, Intercontinental Editora, 1991, p. 64.

40) Cfr. artículo 3º, del Título IV.

REFORMA DE 1856

Con el objeto de reformar algunos artículos de la Constitución, el 3 de noviembre de 1856, se reunió en la Asunción un Congreso General extraordinario.

Sus principales resoluciones fueron las siguientes:

a) Se redujo a cien el número de diputados del Congreso, que hasta entonces era de doscientos (enmienda del artículo 1º, del Título II).

b) Se extendió a los electores el requisito de ser propietarios, con lo cual el derecho al voto quedó reservado exclusivamente a los miembros de la reducida clase privilegiada.

c) Se disminuyó a treinta años la edad requerida para ser Presidente y se estableció que podían ser admitidos como candidatos *"los ciudadanos capaces de prestar ese importante servicio a la República"*, fórmula ambigua que incluía también a los militares (enmienda del artículo 2º, del título IV).

d) Se atribuyó al Presidente de la República la facultad de designar en pliego reservado a la persona que habría de ejercer la vicepresidencia en los casos de falta temporal o definitiva de aquél (enmienda del artículo 5º, del Título IV).

Carlos Antonio López, previendo la posibilidad de su muerte y viendo la edad de su hijo Francisco Solano todavía lejana a los 45 años, quiso asegurar su acceso a la presidencia de la República.

Al respecto, J.C. Chaves afirma que "la supresión de una cláusula de la Constitución de 1844 por la cual el primer magistrado debía ser civil y mayor de 40 años (sic), al parecer abría camino hasta el sillón presidencial al hijo predilecto de Don Carlos", y más adelante relata los siguiente: "Don Carlos expresó a esta altura que le era muy grata la renuncia del General y que el Congreso no debía tener en cuenta las aseveraciones de los periódicos del exterior y las "lenguas imprudentes", que afirmaban que la modificación del límite de edad se había hecho con el propósito de permitir la elección de su hijo" (41).

41) J.C. Chaves, El Presidente López, Bs. As., Ed. Depalma, 2a. Ed., 1968, pp. 267 y 270, respectivamente.

CONCLUSIONES

a) La ley fundamental de 1844 puede ser considerada como la primera constitución que tuvo el Paraguay.

b) Son indudables las deficiencias que presenta en cuanto a la declaración de derechos, aún cuando consideremos ampliada esta parte por las resoluciones del Congreso de 1842, que la Constitución ratifica.

c) Existe una notoria preponderancia del Poder Ejecutivo sobre los otros órganos de gobierno.

d) La Constitución de 1844 puede ser calificada como una constitución autoritaria, lo cual la diferencia de las vigentes en otros países en esa misma época. Dicho carácter se acentuó luego de la reforma de 1856.

e) Esta Constitución marca la culminación del proceso de ruptura definitiva del orden colonial.

BIBLIOGRAFIA

Camacho, Emilio, *Constitución y estado de excepción*, Asunción, La Ley Paraguaya S.A., Imprenta Salesiana, 1990.

Camacho, Emilio, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Asunción, Intercontinental Ed., marzo de 2001.

Cardozo, Efraim, *Paraguay Independiente*, Asunción, C. Schauman Editor, 1987.

Chaves, Julio César, *Compendio de Historia Paraguaya*, Asunción, C. Schauman Editor, 1988.

Chaves, Julio César, *El Presidente López*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2a. Ed., 1968.

Centurión, Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia.

Lezcano Claude, Luis, *El Poder Ejecutivo en el Paraguay*, Asunción, Ñandutí Vive-Intercontinental Editora, 1989.

Livieres Banks, Lorenzo N., *Economía Social de Mercado y Democracia Política como Fundamentos de un Nuevo Orden Constitucional en el Paraguay*, Asunción, CEPPRO, 1991.

Pastore, Carlos, *La lucha por la tierra en el Paraguay*, Montevideo, Editorial Antequera, 1972.

Pappalardo Zaldívar, Conrado, *Paraguay: Itinerario Constitucional*, Asunción, Intercontinental Editora, 1991.

Pérez Acosta, ..., *C.A. López, obrero máximo*,

Prieto, Justo José, "El constitucionalismo y las constituciones paraguayas", en *La Constitución Paraguaya Concordada*, Asunción, Biblioteca de Estudios Paraguayos, Vol. 1, El Gráfico S.R.L., 1987.

Ramírez Candia, Manuel Dejesús, *Derecho Constitucional Paraguayo*, Asunción, Ed. Litocolor, T. I, 2000.

Velázquez, Rafael Eladio, "Marco histórico de los sucesivos ordenamientos institucionales del Paraguay", en *Historia Paraguaya*, Anuario de la Academia Paraguaya de la Historia, Vol. XXVIII, Asunción, 1991.

EL DERECHO DE ASOCIACION Y LA COLEGIACION PROFESIONAL EN LA CONSTITUCION DE 1992 (*)

Jorge Seall-Sasiain (**)

1. EL DERECHO DE ASOCIACION

El Artículo 42 de nuestra Constitución expresa: *"Toda persona es libre de asociarse o agremiarse con fines lícitos, así como nadie está obligado a pertenecer a determinada asociación. La forma de colegiación profesional será reglamentada por ley. Están prohibidas las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar"*.

La expresión fines lícitos o la de "con fines útiles", como dice la Constitución argentina, se ha de interpretar como todo aquello no dañino para el bien común. Así se debe entender en nuestro Artículo 42 la prohibición de asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

Se deben destacar los dos aspectos o fases en tanto libertad positiva como negativa. Como derecho individual o facultad positiva abarca:

a) el derecho a formar asociación;

(*) Este trabajo se elaboró a partir de los apuntes de una conferencia dictada en el Seminario "Semana del Abogado" de la Universidad Privada del Este, Agosto 2001. La presente es una versión corregida de la publicada en la Revista Jurídica CEDUC. Universidad Católica, tomo I, pp. 145-150.

(**) Abogado'77 (U.N.A.); Sociólogo'79 (U.C.A.); LL.M.'84 (Harvard); abd/S.J.D.'87 (Harvard). Presidente y miembro fundador del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (I PDC). Profesor de Derecho Constitucional Nacional y Comparado, Facultad de Derecho (U. Nacional de Asunción). Profesor de Derecho Constitucional Nacional y Comparado, Facultad de Ciencias Jurídicas (U. Católica, Asunción).

b) el derecho a ingresar a una existente;

y, en su faz de libertad o derecho negativo, implica;

a) el derecho a no ingresar a una asociación; o

b) si se pertenece a una asociación, el derecho a dejar de pertenecer a la misma.

También cabe distinguir el derecho "de la asociación", en sí como persona jurídica, que entraña el reconocimiento de un *status* y una *zona jurídicamente relevante* -al decir de Bidart Campost (1). Ello implica libertad de interferencias del Estado como de los particulares.

El Estado no puede negar arbitrariamente el reconocimiento a una asociación. El cual puede ser formal, p.e. reconocimiento como persona jurídica por el Poder Ejecutivo o la simple admisión sin necesidad de autorización expresa, con su mera inscripción. Las decisiones administrativas que otorgan o deniegan dichos reconocimientos son siempre recurribles judicialmente.

La capacidad de las asociaciones se rige por la regla de "especialidad". Ello implica que todo lo que no les está prohibido dentro del fin propio, les está permitido. En consecuencia, tienen poder disciplinario respecto de sus miembros, socios o afiliados y sus resoluciones son sólo recurribles judicialmente cuando se ha incurrido en arbitrariedad manifiesta o violado derechos del debido proceso, defensa del asociado, etc.

Al respecto del fin "útil", Sagües (2) cita el caso Comunidad Homosexual Argentina (CHA) de 1991, en que la Corte Suprema argentina, en virtud de habérsele denegado personería jurídica, entró a considerar si sus fines sociales eran útiles o lícitos cuando proponía "*bregar por que la condición de homosexual no sea materia de discriminación en lo familiar, social, moral, religioso, laboral ni de ninguna otra índole; generar ámbitos de reflexión y estudios multidisciplinarios sobre la problemática homosexual y difundirlos*". Evaluó si se adaptaban al bien común (exigido por su Art. 33 CC). La Corte, en muy discutible fallo, concluyó que no era arbitraria la denegación

1) BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada.* Buenos Aires: Ediar ed, 1998, tomo II, pp. 52 y sgtes.

2) SAGUES, Néstor Pedro. *Elementos de* Derecho *Constitucional.* Buenos Aires: Astrea, 3ª ed, actualizada y ampliada 2001, tomo II, pp. 499 y sgtes.

de personería fundado en que los objetivos descriptos importaban la pública defensa de la homosexualidad y que *la "moral media argentina no entendía que esto fuese propio del bien común"*. Sagües no comparte la tesis sostenida por la mayoría de la Corte, ya que la defensa contra la discriminación no es opuesta al bien común. Todo lo contrario, en una sociedad supuestamente pluralista y tolerante (salvando el derecho a hacer discriminaciones legitimas fundadas en distinciones razonables y no perversas, como son las que consagran desigualdades irrazonables), si una minoría homosexual plantea defenderse públicamente ante eventuales y no tan hipotéticas agresiones, parece un derecho obvio poder plantearlo en un debate abierto a la opinión de todos. Concluye que le convence menos su implicancia de restricción a la libertad de prensa y expresión, cosa muy distinta de compartir o no las ideas que sostenga el grupo que difunda dichas ideas (3).

Por nuestra parte, compartimos dicha crítica y creemos además que es cuestionable que la Corte Suprema de un país, cabeza del único poder del Estado que no tiene origen democrático-electivo, se arrogue, cual "Catón el censor", el barómetro de la "moral media nacional", que además de la inevitable subjetividad que entraña tal decisión, no pondera, ni intenta discriminar entre ámbitos (p.e. cosmopolita, urbano, provincial, rural, adultos, menores de edad, etc.) que atiendan a muy importantes variables culturales, sociales-económicas y de lugar.

El derecho a no asociarse es constitucional. No puede haber asociación coactiva, puesto que el ingreso a una asociación debe ser voluntario. En el caso "Outon Carlos y otros" (1967) la Corte argentina estableció que alegadas "razones de interés sindical y bien común" no pueden cohonestar la agremiación coactiva. Se consideró que violaba el derecho de libre afiliación sindical la exigencia de agremiación y exhibición de carnet de un solo sindicato para inscribirse en la bolsa de trabajo y obtener empleo (Se trataba de trabajo marítimo en el Puerto San Fernando).

2. LA COLEGIACION PROFESIONAL

En cuanto a la colegiación profesional, un remoto antecedente de considerar a la colegiación como una asociación más, data de 1945, caso "Sogga y otros" la Corte argentina declaró inconstitucional una ley de la Provincia de Santiago del Estero que implantaba la colegiación obligatoria de abogados como requisito para el ejercicio de la profesión.

(3) Ibid.

En 1986, el caso “Ferrari, Alejandro c/ Estado nacional” la Corte Suprema argentina sostuvo la constitucionalidad de la ley que estableció la colegiación obligatoria de abogados en la Ciudad de Buenos Aires. Estimó que el Colegio Público de Abogados no es un asociación que se integre con la adhesión libre y espontánea de cada componente y que no violaba el derecho negativo de asociación (libertad de no asociarse) la exigencia a los abogados de matricularse forzosamente en ese Colegio Público, como requisito habilitante para ejercer profesión. En el caso “Felipe Bonchill c/ Gobierno Argentino” se recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) alegando violación de derecho de asociación por la colegiación obligatoria y en 1988 la CIDH rechazó la queja por entender que tal supuesta violación al Art. 16 (Derecho de Asociación) del Pacto de San José no quedaba consumada por la colegiación obligatoria de abogados (4).

También en el caso argentino “Beveraggi” se resolvió en el mismo sentido, agregando que el colegio público ejerce funciones consultivas con relación al servicio de justicia; protege a la profesión y con ello cumple funciones estatales delegadas por las autoridades públicas. El ingreso no es tanto un acto voluntario sino una suerte de carga pública o servicio personal. En anteriores fallos, la Corte ya había legitimado la colegiación pública, como instituciones diferentes, alejadas de las personas de derecho privado, aunque tampoco debe confundirse con las entidades del Estado (caso “Guzmán”).

Por ultimo, Sagües cree que sí es constitucional imponer ciertas cargas públicas, como la de realizar tarea de “policía profesional” y de “control de la matrícula”. Aunque cree no seria constitucional imponer a los agremiados la obligación de solventar esos servicios personales, salvo que sea una tasa por retribución de un servicio global general que presta la entidad pública no estatal (por delegación gubernativa).

A Bidart Campos no le satisface el argumento de que los colegios son una excepción por el solo hecho de “ser una entidad de derecho público”. Los partidos y los sindicatos son personas de derecho público y nadie diría que es constitucional obligar a afiliarse a ellos (5).

Es una violación de derecho de asociación cuando se favorece o perjudica a personas por causa de ser o no ser miembro de determinada asociación. En cambio, no viola este derecho, un sistema legal que obliga a contribuir por

(4) CIDH informes sobre casos individuales, Nº 9718 y Nº 9777.
(5) BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., ib.

razón de la profesión a un ente previsional, caja, fondo, etc. siempre que eses mismas personas sean las beneficiarias reales o potenciales.

El Art. 16 del Pacto de San José establece que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. Solo puede estar sujeto a restricción por ley, necesarias en una sociedad democrática y en interés de la seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Están exceptuados los miembros de las FFAA y la Policía a quienes se les puede restringir y hasta privar de este derecho.

Del Tribunal Constitucional español se tienen fallos medulares en punto a la dilucidación de la colegiación y de su perfecta compatibilidad con el derecho de asociación: *"los Colegios no son asociaciones* o *al menos solo lo son en parte, pues están considerados como corporaciones públicas que no dependen solo de la voluntad de sus asociados sino también del propio Estado, de lo que se sigue que la adscripción forzosa al Colegio profesional no vulnera la vertiente negativa del derecho de asociación, pues siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una especial o peculiar clase de ellas con reglas propias, distintas de las asociaciones de naturaleza jurídico privada, es claro que no puede serles aplicables el régimen de éstas". Es lógico que una conjunción de fines públicos y privados no deban siempre verse como restricciones o limitaciones injustificadas de la libertad de asociación, sino justamente como garantía de que unos fines y otros puedan ser satisfechos. Y es que al cumplirse por los Colegios Profesionales otros fines específicos (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales y administrativas, recursos procesales, etc.) ello justifica innegablemente la opción diferida al legislador para regular aquellos colegios y para con figurarlos en la forma de adscripción forzosa dada la naturaleza pública —no estatal— de su actividad, en nada vulnera el contenido de la norma constitucional de la libertad de asociación.*

3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA COLEGIACION OBLIGATORIA EN NUESTRA CONSTITUCION DE 1992

Se trata del debate sobre si se prefiere que la regulación y control del ejercicio profesional sea sólo función estatal de la Corte Suprema u otro órgano estatal, versus la autorregulación por el propio gremio, a través de un colegio profesional público. Planteado en forma de interrogante: ¿Cuál puede

ser más imparcial, la regulación estatal o la autorregulación por el colegio? ¿Cuál puede ser más proclive de generar un corporatismo extremo, un "círculo cerrado", "claque" o una suerte de "mafia" de la profesión que se torne excluyente, aberrante y por tanto, inconstitucional?

Tampoco se debe ignorar la actual situación, *de facto,* de casi total ausencia de regulación y control —efectivo— del ejercicio profesional, tanto en el ingreso a la práctica profesional como en el régimen disciplinario incluyendo la suspensión y retiro de matrícula. Esta situación describe las condiciones del ejercicio de la abogacía desde la segunda mitad del siglo XX: una situación de virtual indolencia.

Al respecto los antecedentes del Art. 42 en la Convención Nacional Constituyente de 1992 son reveladores de una variación pendular de polo a polo. En efecto en la Subcomisión Redactora se propuso para el entonces Art.43 el siguiente texto: *Toda persona tiene derecho a asociarse con fines lícitos, así como, correlativamente, nadie está obligado a pertenecer a determinada asociación, salvo en cuanto ella constituya el organismo que regula una profesión conforme a la ley* (...). En la Comisión Redactora triunfó la tesis opuesta. El Art. 39 de la Comisión rezaba: *Toda persona tiene derecho a asociarse con fine lícitos, así como, correlativamente nadie está obligado a pertenecer a determinada asociación o colegiación gremial, sean estos de derecho público o privado, se prohíben las asociación secretas y las de carácter paramilitar y parapolicial* (6).

En plenaria motivó la protesta del convencional Oscar Paciello, de cuya larga intervención, extraemos lo relevante: *Para eso, ciudadano Presidente, quiero expresar mi adhesión y apoyo a modificaciones de orden gramatical, pero por ningún concepto estaríamos conforme en cargar con esta prohibición expresa que tiene la propuesta Nº 1, de que nadie está obligado a pertenecer a una colegiación gremial. Entonces, los gremios nunca van a tener disciplina y lo mismo va a andar el curandero que el profesor universitario en medicina, el procurador sin título que el profesor universitario, el albañil constructor que el ingeniero civil. No puede ser; alguien tiene que poner orden y ese orden solamente puede ponerla la colegiación, la autorregulación de los gremios* (7).

(6) CNC, Diario de Sesiones de la Comisión Redactora, sesión Nº 15 de 20 de marzo de 1992, pp. 3-14.

(7) CNC, Diario de Sesiones de la Plenaria, Nº 14, 29 de abril de 1992, p. 29.

Se puede también sostener que existe otra posible antinomia en nuestra Constitución, entre la "libertad de asociación" y la "habilitación profesional con título universitario según la ley".

En efecto, el Artículo 79 que trata de las universidades e institutos superiores establece *(in fine): "Las universidades, tanto públicas y privadas, serán creadas por ley, la cual determinará las profesiones que necesiten títulos universitarios para su ejercicio"*.

En nuestra opinión tampoco existiría tal colisión entre los Arts. 42 y 79, ya que en el propio artículo de la asociación contempla que "la forma de colegiación será reglamentada por ley", optándose por deferir al legislador la decisión de su implementación, cuando consideraciones de oportunidad y conveniencia lo aconsejen. A nuestro criterio, otro sentido no tiene dicha fórmula y no riñe sino que se debe complementar con el Art. 79 que sólo establece que algunas profesiones requerirán título universitario y otras no, independientemente de que estas profesiones u oficios sean colegiados o no.

NECESIDAD DE UN GOBIERNO GLOBAL COMUNITARIO

Por Carlos Marcial Russo Cantero (*)

Introducción

Cuando planteamos la tesis sobre "La necesidad de organismos supranacionales para el MERCOSUR" en la primera edición de ese libro, puntualizamos en la mencionada tesis que la satisfacción de esa necesidad no era suficiente para controlar las consecuencias que derivan del proceso de globalización, con sus efectos en los órdenes político, económico, cultural y en las condiciones biofísicas sustentatorias de la calidad de vida de la sociedad latinoamericana. Estas consecuencias naturalmente producen impactos en el sistema de integración, que en la mayoría de los casos son imposibles de prever y mucho menos evaluar, al menos con los instrumentos convencionales del enfoque nacionalista o internacionalista tradicional.

Estamos en el mirador de un fenómeno evolucionario de la sociedad de la convivencia que va tejiendo un entramado sistema político, que aparentemente está más allá de la voluntad humana, y muy lejos de las posibilidades de los dirigentes y gobernantes individuales. Así las cosas, la globalización va construyendo espacios y escenarios difíciles de abordar y traducir a las pautas y criterios de evaluación con los que históricamente calificábamos a las organizaciones bilaterales, multilaterales o transnacionales.

Casi imperceptiblemente, sin muchos anuncios ni advertencias apocalípticas, estamos contemplando absortos la manifestación real de la era de mayor despliegue de comunicación en la historia reciente de la humanidad. Los espacios y tiempos irreductibles de finales del segundo milenio han cedi-

(*) Catedrático de Derecho de la Integración y de Derecho Político Internacional.

do a una estructura tecnológica y sociocultural que tiene más de “soft” que de “hard” para producir efectos ambientales en donde la “sociedad del conocimiento” se está configurando con una rapidez propicia para realizar la cobertura, en tiempo real de las necesidades de la sociedad global.

Convencidos de la importancia estratégica de observar e investigar los fenómenos propios de la evolución de los organismos supranacionales existentes, que tienden hacia una sociedad global, planteamos a continuación algunas interrogantes buscando esclarecer con sus respuestas nuestra tesis, sobre la NECESIDAD DE UN GOBIERNO GLOBAL COMUNITARIO, cuyas formulaciones adquirirán trascendencia en el diseño del constructo de un suprasistema global que dará significado a una construcción comunitaria.

Es precisamente en ese escenario de interpretación de la globalidad que se configuran interrogantes, cuyas respuestas podrán dar significado al futuro de un gobierno global. Ellas son:

(1) ¿Qué se entiende por comunitarismo?

(2) ¿Es válida la Economía Social de Mercado, para sustentar una Estructura Política Democrática de un Gobierno Global Comunitario?

(3) ¿Por qué deviene idóneo el paradigma político aristotélico como forma legítima de gobierno para una comunidad global?

(4) ¿Qué forma política institucional tomará el gobierno global comunitario, y en qué teoría sustentará su funcionamiento?

El desarrollo de este capitulo conformará el conjunto de ideas que procurarán dar respuestas a estas interrogantes.

En este estudio definimos el Comunitarismo como un estadio político-ideológico, que se constituye como un medio y no como un fin en sí mismo, que libera energías morales y materiales de una comunidad, a través del talento, la iniciativa y la capacidad de sus habitantes, a fin de operar una nueva actitud sobre la realidad de la comunidad y del mercado. Puntualizamos a la vez que solo se desarrolla y prospera en un ambiente democrático donde existen competencia, libertad y solidaridad.

También damos respuesta a la pregunta de si la economía social de mercado sigue siendo viable como propuesta para sustentar a un gobierno

global. En tal sentido creemos conveniente definir primero a la ESM (*) "Como un sistema económico que combina elementos liberales y sociales, para operar en el mercado global. En este orden surgen algunas preguntas orientadas a indagar, si ¿Qué parte de la economía se orientará hacia la economía libre y qué parte correspondería a la intervención estatal? ¿Qué forma de intervención se implementará? y ¿Por que vía se solucionarán los cuestionamientos presentados por varios autores, respecto a esta experiencia neoliberal.

Asimismo, buscamos esclarecer algunas interrogantes relacionadas a nuestra proposición del paradigma político aristotélico como instrumento teórico más afín al predicamento comunitarista. En cuanto a la pregunta de sí sería idóneo el paradigma político aristotélico, como sustento ideológico de una comunidad global.

Nuestra respuesta es positiva, en razón de que descubrimos que su ideología busca el mutuo perfeccionamiento de la comunidad política que debe caracterizase por la solidaridad, concordia, dialogo y consenso democrático de opiniones, avalada por una visión ética de la política. En cuanto a la forma institucional que tomará el gobierno global comunitario, sugerimos que se construya, siguiendo los lineamientos de nuestra propuesta que es también del Dr. Lester Thurow (1), sintetizada en el siguiente planteamiento: "Que dicho gobierno debe constituirse a través de un proceso normal y consensuado de integración, que desembocará al final del proceso en la formación de un Gobierno Global o Mundial Comunitario".

1. ¿QUE SE ENTIENDE POR COMUNITARISMO?

Se puede abordar esta pregunta por el camino formal de dar respuestas académicas, con las citas de autores y pensadores que los sustentan; sin embargo, ello no es recomendable en un momento en que la exigencia del aceleramiento de los procesos socio-económicos y políticos no nos permite reducir de complejidad los eventos que delinean la sociedad de nuestro tiempo.

Efectivamente, para que el abordaje de esta interrogante presente una dimensión más adecuada, recurrimos al glosario técnico de la primera edición de la obra "El Mercosur ante la necesidad de *organismos supranacionales*".

(*) ESM — Economía Social de Mercado.

(1) LESTER THUROW — Director de la Escuela de Negocios del Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT).

"Desde el punto de vista ideológico, el comunitarismo constituye el marco de ideas que una comunidad utiliza para definir e instrumentar valores. Estas, si se suponen incontrovertibles, incluyen elementos universales como sobrevivencia, justicia (conciencia del bien y del mal, con recompensas y castigos), economía (mayores beneficios que costos), satisfacción y respeto de uno mismo y a los demás.

Esta ideología es el puente que da vitalidad institucional y un lugar específico en un momento particular a estos valores: es decir, en una realidad distintiva, que se denomina "el mundo real". En este contexto una ideología comunitaria, como sus contrapartes (individualismo y comunismo, en sus extremos), tiene elementos que son:

***** Comunitarismo (que se caracteriza por su igualdad de resultado de jerarquía) y consenso (sea coercitivo o que se haya llegado a él en forma más o menos voluntaria);
***** Derechos y obligaciones de la membresía;
***** Necesidad de la comunidad;
***** Un Estado (o equivalente) planificador activo;
***** Holismo, como síntoma de visión global.

Podríamos sintetizar el comunitarismo en las expresiones siguientes: *"La comunidad es más que la suma de las personas que la forman; es orgánica; noatomista. La comunidad como un todo tiene necesidades específicas y urgentes que trascienden las necesidades de los miembros individuales. Los valores de sobrevivencia, justicia, respeto por uno mismo y los demás, etc., dependen del reconocimiento de tales necesidades. Por lo tanto, la satisfacción individual depende del lugar en la comunidad, de una identidad dentro del todo, de la participación en un proceso social orgánico"*.

Habrá comunidad cuando exista una convergencia cooperativa y solidaria para el logro de objetivos comunes, con base en principios e ideales compartidos, que llevará a una necesidad de coordinación para la acción, que se expresa en una organización distinta de la individualidad de las partes que la componen. Tratándose de Estados soberanos, la comunidad se edificará a partir de un encuentro institucional del que resultará una nueva organización, con los atributos necesarios para la consecución de los objetivos propuestos, una institucionalidad comunitaria, que abre una nueva perspectiva en las relaciones interestatales. De manera que esa unión de principios, ideales, objetivos, institucionalizan la relación entre los Estados y da como resultado un sistema de relacionamiento específico con características que los identifican

y distinguen de los demás sistemas políticos de los Estados que lo constituyen. De esta forma la tradicional trilogía republicana (división de poderes) no debe reiterarse en la comunidad, ni los modos de concebir la jurisdicción debe corresponder en la organización comunitaria. De esta forma se abre un nuevo encuentro institucional. con nuevas unidades de organización y poder, que abre una nueva era en las relaciones interestatales, sobre la base de encuentros libres y voluntarios de los pueblos.

La existencia de la comunidad solo es posible a partir de un fenómeno esencial dado por la atribución de competencias del Estado nacional a las instituciones de la comunidad u organismos supranacionales que se crean (cesión de porción de soberanía) y por la correlativa autolimitación de competencias. Los Estados siguen siendo soberanos y participan en el poder de decisión dentro de la Comunidad Supranacional, con la cual ejerce conjuntamente responsabilidades que a esta escala nacional no tenían. De allí que en el derecho comunitario haya más presencia de orden publico que en el derecho interno. El carácter comunitario de la institución supranacional se revela en los caracteres de las normas que producen: 1) *Autonomía,* porque proviene de un sistema jurídico pleno derivado de su personalidad jurídica; 2) *Primacía,* es el estado de tener autoridad suficiente para prevalecer sobre el derecho interno que se le oponga; 3) *Inmediatez,* porque es de aplicación directa"(2).

El comunitarismo como sistema

"El comunitarismo como sistema procura lograr una nueva forma de estado "posible". Tiene que ser medio, no un fin en sí mismo para liberar las energías materiales y morales del país, a través del talento, de la iniciativa y de la capacidad de sus habitantes. Precisamente ello ha hecho que la integración comunitaria entrañe un desafió, una transformación de las actitudes, una nueva retórica de la realidad del Estado y del mercado. El sistema del comunitarismo solo prospera en una organización política democrática, que procura la libertad participativa y la descentralización del poder, y donde existen mercado y Estado, competencia y control, libertad y solidaridad."

Las relaciones de "comunidad" o de "comunión" se caracterizan porque tienen una unión o unidad común, un mismo centro de referencia; se predican e implican en la participación que se tiene en un interés "comparti-

(2) Carlos Marcial Russo Cantero – "El MERCOSUR ante la Necesidad de Organismos Supranacionales", pp. 506, 507 y 508.

do", "como partes" de un todo, fruto de la concurrencia en el interés y no de la fusión de sus componentes.

Por ello, precisamente, Europa, Iberoamerica, Norteamérica, entre otras, conforman "unidades" de intereses concurrentes y compartidos que demanden acciones "comunes" en los campos de la política, de la economía y de la cultura.

"La comunidad es un "nuevo encuentro" institucional que recién comienza, dándole vitalidad y universalidad a las nuevas unidades de organización y poder; transformador en los cónclaves de la moderna esperanza de destinos compartidos, que abre una "nueva era" en las relaciones interestatales, sobre la base de reencuentros libres y voluntarios de los pueblos.

La comunidad constituye una solución, una estrategia razonable y equitativa para enfrentar problemas comunes. No se trata de fórmulas de especulación retórica, sino de la modificación de las facetas del mundo a través de procesos de integración regional. Pero el comunitarismo necesita "un pensamiento político que no se limite a lo económico y lo cuantitativo y que replantee los problemas de la sociedad... Debe ser al mismo tiempo un proyecto de reforma de pensamiento, de educación, de solidaridad, de calidad de vida, de convivencia. Desde luego esto presupone la conciencia de una comunidad de destino y la voluntad de asumir ese destino común".

Diferencia entre el Comunitarismo y el Socialismo

Tanto en lo relativo a su expresión teórica como sus manifestaciones prácticas, el comunitarismo difiere sustancialmente del socialismo. En su versión marxista, que es a la que nos referiremos, el socialismo propuso el fin del Estado por considerarlo una estructura ubicada sobre el cuerpo social. El Estado es un ente exterior a la vida social. Su única misión sería obtener la sumisión del proletariado a la clase burguesa. En este orden de ideas, el derecho sería la voluntad de la burguesía erigida como ley. Lo que pretendía Marx y Engels era la desaparición del Estado político burgués, el que sería innecesario para la vida social, por cuanto el proletariado ya lleva una existencia social —existencia que, en el pensamiento del materialismo marxista es la única que cuenta— que supuestamente no solo no requiere del Estado, sino que además se considera perjudicada por éste.

En su manifestación práctica, estas ideas tienen dos grandes desarrollos. El marxismo trotkista, que sigue la línea más pura del pensamiento de

Carlos Marx, insiste en un universalismo sin Estados nacionales. Sin embargo, triunfa una idea totalmente opuesta, la sustentada por el marxismo-leninismo-stalinismo. Esta última concepción, perfeccionada por la Constitución soviética de 1936, continúa en la senda del leninismo, según el cual recién se llegaría a la disolución del Estado previa dictadura del proletariado. A raíz de esta concepción teórica, cobró vida uno de los más terribles ensayos políticos, en el que invocando la futura desaparición del Estado se constituyó uno de los más feroces, totalitarios y burocráticos estatismos del siglo XX.

Para el socialismo el origen de todas las discordias sociales, tiene su génesis en la existencia de la propiedad privada por lo que propugna fervorosamente su abolición. Este postulado ha sido transformado en un dogma, considerándose que existe una antinomia rotunda entre el trabajo y el capital. Con estos fundamentos, durante la vigencia de la experiencia soviética, el marxismo práctico dio lugar al más absoluto estatismo.

Nada más opuestos a los principios éticos y económicos del comunitarismo. Este sistema, si bien se encuentra lejos de efectuar la apología ilimitada del dominio particular de los bienes —cuyo fin último no es otro que satisfacer las necesidades humanas consideradas en toda su amplitud— respeta y protege la propiedad privada, como algo que, limitado por la equidad y el respeto al prójimo, no solo es justo sino que es propio de la naturaleza del ser humano. Bien podemos decir, entonces, que el comunitarismo tiene como pilares —claramente opuestos al socialismo en su versión marxista— la defensa de la propiedad privada, limitada por la necesidad de satisfacer el bien común.

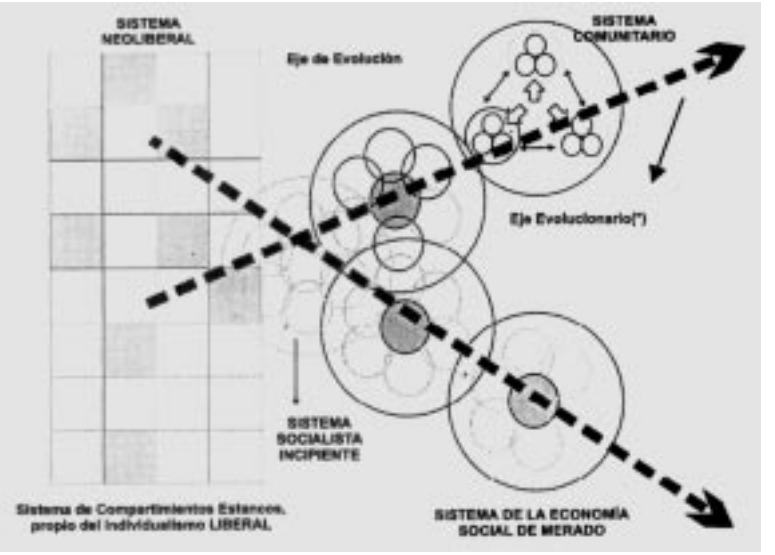
El comunitarismo, en dos manifestaciones, hacia adentro (intra-estatal) y hacia fuera (ínter-estatal) siempre es una variable del regionalismo.

El comunitarismo asociativo de integración sectorial de y entre Estados soberanos, que constituye el objeto de nuestra investigación, siempre produce y acota una modalidad regional entre Estados.

Evidentemente, son tan opuestas la concepciones comunitarias y socialistas, que bien puede decirse que casi no quedan puntos en los que el antagonismo entre ambos sistemas no sea absoluto. Por ello, solo señalaremos, ligeramente, algunos de los aspectos opuestos. El comunitarismo es humanista, el socialismo es materialista; el primero es democrático, el segundo es autocrático. El comunitarismo presupone la existencia de Estados, el socialismo, en cambio, propicia el fin de los Estados. El sistema de las comunidades pretende la paz social; el comunismo insiste en la lucha de clases.

El diagrama siguiente ilustra modelos diferentes y en diversos estados evolutivos, cuyo estudio y abordaje nos permiten ahondar el estudio de los incipientes Estadios Comunitarios, bajo el signo de la integración regional"(3).

DIAGRAMA SISTEMICO DE INTERPRETACION DEL LIBRE JUEGO DE SISTEMAS POLITICOS EN PUGNA (**)



(*) ***Evolucionario***: Expresión que refiere a un proceso co-evolutivo, entendido éste como un sistema dinámico en el cual los cambios de dos o más especies (o sistemas organizacionales) interactúan de tal forma que el conjunto de cambios en la especie (o sistema A) y sus diferentes escalas influyen en la selección de cambios naturales de la especie (o sistema B). A su turno, la especie (o sistema B), sufre los cambios en forma similar de la especie (o sistema A). Y ambos cambios a su vez influyen sobre el macro sistema que los contiene y viceversa. Se aplica en el plano de la Ciencia de la convivencia (síntesis de las ciencias sociales, biológicas, ambientales y de tecnología educativa), por el desarrollo simbiótico de las Ciencias Biológicas y las Organizacionales.

(3) Derecho Comunitario, Dromi Ekmekdjian — Rivera, pp. 15, 37 y 38.

(**) Este diagrama representa un modelo comparativo entre los extremos del liberalismo y el socialismo, y de cómo la evolución desde estos modelos y sistemas de la misma naturaleza, uno el COMUNITARISMO deviene de un eje evolucionario que integra y administra un proceso coevolutivo (de los sistemas sociales participativos); y el otro sin perder su esencia social, al integrar el individualismo propio del constructo liberal, en su forma más radical, desemboca en un modelo que plantea la ilusión de alternativa entre mercado libre o mercado controlado, sin advertir que la comunidad no "es", sino que "se construye". Asimismo, el diagrama incuba en su estructura el cómo desde un paradigma socialista, que rescata ciertos principios del neoliberalismo, evoluciona (con pendiente negativa) hasta desembocar en una forma de Sistema Social de Mercado, el cual tiene un cierto perfil comunitario. Sin embargo, a través de su puesta en práctica hemos observado mediante la crítica de algunos autores que no asume el carácter integral y dinámico del comunitarismo, al prestarse a cierta desnaturalización del carácter democrático propio del paradigma aristotélico.

2. ¿ES VALIDA LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO, PARA SUSTENTAR UNA ESTRUCTURA POLITICA DEMOCRATICA DE UN GOBIERNO GLOBAL COMUNITARIO?

En principio, sigue vigente el modelo de Economía Social de Mercado como propuesta político - económica para la integración. Sin embargo, con el ahondamiento de modelos, que rescatando principios y metodologías de planeamientos políticos democráticos opuestos, se viene generando una "especie" de TERCERA VIA, tendiente a construir un modelo político más cercano a la doctrina COMUNITARISTA. Esta intención preconizada por autores como Anthony Giddens, en su libro: LA TERCERA VIA - La Renovación de la Socialdemocracia, y Enrique Miguens — Desafío a la Política Neoliberal — Comunitarismo y Democracia en Aristóteles, es una muestra en ese sentido.

En consideración a la precedente pregunta, creemos propicio el tratamiento del contraste entre la ESM y una posible TERCERA VIA orientada hacia el paradigma político de Aristóteles. A fin de facilitar nuestro estudio, transcribimos in extenso la conclusión de nuestro abordamiento sobre la ESM como propuesta para la Integración, ensayada en la primera edición de este libro.

Realizamos esta transcripción, a fin de responder a través de la misma y del diagrama sistémico que presentamos en el apartado 34.1 de esta obra, a

la interrogante de si ¿es válida la Economía Social de Mercado, para sustentar una Estructura Política Democrática de un Gobierno Global Comunitario? Transcripción sintética de nuestro abordaje, ensayado en la primera edición de este libro:

"Mueller Armack y Ludwig Erhard, y otros autores, dejan claramente establecido que la Economía Social de Mercado ha intentado con éxito una combinación de elementos liberales con elementos sociales. Dicho de otra forma, se ha logrado combinar eficientemente la economía de mercado con el Estado de Derecho, preocupado por la cuestión social. Así mismo, conviene aclarar que las formas puras, tanto la economía de mercado (países capitalistas) como la economía de planificación central (países comunistas), existen en plenitud sólo en los manuales de los profesores de economía de las universidades de occidente.

Normalmente, la economía de mercado o economía capitalista, identificada con sociedades como la norteamericana, la europeo-occidental, la japonesa, etc., contiene una buena dosis de intervencionismo estatal. De igual forma, la economía de planificación central, identificada con los países comunistas, no renuncia totalmente al mercado, por lo menos como escenario en el que se articulan los valores reales.

Y esto varía, naturalmente, tanto en uno como en otro caso, según los países de referencia. En la sociedad norteamericana, por ejemplo, hay más elementos de economía de mercado que en la sociedad escandinava, a pesar de que ambos pertenecen al así llamado mundo capitalista. Así mismo, en la sociedad húngara hay más elementos de economía de mercado que en la sociedad soviética, no obstante pertenecer ambas al ex bloque comunista.

La combinación de elementos liberales con elementos sociales parece ser por lo tanto el denominador común. El problema central reside en las proporciones que deben tomar los elementos liberales y los elementos sociales dentro del orden socio económico de la sociedad en cuestión. En otras palabras, la pregunta central es: ¿qué parte de la economía se manejará con economía de mercado y qué parte con intervencionismo estatal y, sobre todo, con qué clase de intervensionismo estatal?

Los que deciden acerca de la proporción en que debe darse lo social y liberal son las relaciones de poder, cristalizadas en las estructuras económicas, sociales y políticas del país en cuestión.

Según los postulados fundamentales *de la Economía Social de Mercado, la articulación de* las *relaciones de poder en torno a tal problemática debe darse en forma democrática, entendiendo por democracia la participación popular por vía representativa (ya sea sistema parlamentario* o *presidencial) en la toma de decisiones tanto económicas como sociales y políticas. Como piedra angular de la Economía Social de Mercado surge la libertad, restringida solo por el Estado de Derecho; resulta evidente que sin libertad y sin Estado de Derecho no están dados los precondicionamientos fundamentales para su instauración. En síntesis, podemos afirmar que la razón de la Economía Social de Mercado radica en afirmar que la razón de la Economía Social de Mercado radica en obtener de la intervención inteligente y eficaz del Estado dentro del orden económico, resultados que respondan a la justicia social. No debe confundirse ni calificarse el ánimo ni la medida de esta intervención estatal con conceptos diametralmente opuestos, tales como Estatización, Intervensionismo o Estado Interventor; que constituyen actitudes compulsivas, extremas, absolutamente deficientes y perniciosas.*

Con el ánimo de evitar esas confusiones sobre la aplicación de la Economía Social de Mercado, habida cuenta la importancia que adquiere en los Procesos de Integración, y antes de ilustrarlo gráficamente, compartimos los conceptos y opiniones del destacado economista e investigador Dr. Ricardo Rodríguez Silvero, quien en un documento publicado por la Revista Crítica, en agosto de 1990, expresa: *"Existe mucha confusión en torno al concepto de Economía Social de Mercado. Mientras representantes de la crítica periodística lo identifican con leseferismo, algunos exponentes gubernamentales creen ver en ella directamente una economía de planificación central. Asimismo, ciertos representantes del empresariado experimentan un poco disimulado sentimiento de aversión hacía el adjetivo "social" por conducir supuestamente a reivindicaciones sindicales inaceptables, mientras que algunas figuras del sindicalismo, que aún propugnan la lucha de ciases, creen ver agazapada en la Economía Social de Mercado una siniestra alianza entre el empresariado del capitalismo salvaje y el Estado burgués para aumentar el coeficiente de explotación de la fuerza de trabajo".*

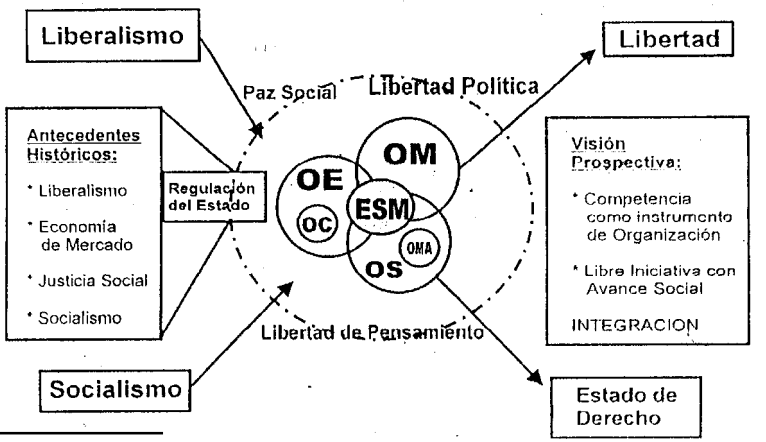
¿A qué se debe realmente tamaña confusión?, se pregunta el Dr. Rodríguez Silvero. Y en el propio documento responde: *"En gran medida a la natural falta de información acerca de este modelo de desarrollo socioeconómico. No nos olvidemos que la desinformación fue un estilo de gobierno de los países con regímenes autoritarios, y que la desinformación sistemática durante mucho tiempo echa raíces, crece y da sus malos frutos, incluso en las mentes más fructíferas y avispadas. Por otro lado la primera sistematización*

conceptual de lo que hoy se conoce por Economía Social de Mercado empezó a surgir recién en los años cincuenta en la Alemania de posguerra y su experimentación exitosa tuvo un escenario muy distante, geográficamente hablando, de nuestras latitudes. Lo lejano es frecuentemente poco conocido.

En otros párrafos de la misma publicación el Dr. Rodríguez Silvero expresa: *"A estos hechos se agrega la manifiesta distorsión, en los medios de prensa latinoamericanos, realizada en torno a los experimentos ultraliberales en los años 70. Las recetas económicas de los 'Chicago-boys' fueron sencillamente difundidos como propias de la Economía Social de Mercado.*

En realidad, los experimentos lilberal-manchesterianos de algunos países latinoamericanos nada tienen que ver con la Economía Social de Mercado. Es más, en las universidades europeas se los presenta como antítesis de lo que debería entenderse por Economía Social de Mercado. Finalmente, el Dr. Rodríguez Silvero pasa a enumerar los atributos de la Economía Social de Mercados como una manera de esclarecer mejor su conceptualización, en preparación racional para una praxis posterior, citando a varios de los economistas y científicos mencionado en este estudio" (4).

DIAGRAMA DEL PROCESO DE CONFIGURACION DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, PROPUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE ORGANISMOS SUPRANACIONALES COMUNITARIOS



(4) Carlos Marcial Russo Cantero — "El MERCOSUR ante la Necesidad de Organismos Supranacionales", Primer Tomo, pp. 135 -139.

REFERENCIAS:

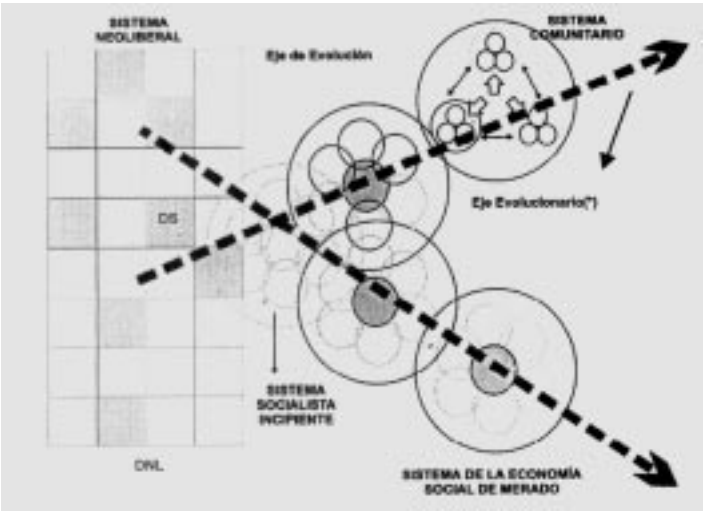
(1) ESM: Economía Social de Mercado
(2) OE (Orden Económico); OC (Orden Comercial); OM (Orden Monetario); OS (Orden Social); OMA (Orden Medio Ambiental).
(3) Líneas de puntos: Contexto de la ESM.
(4) Flechas entrantes: Factores condicionantes o coadyuvantes.
(5) Flechas salientes: Productos alternativos del sistema.
(6) Visión prospectiva: Productos reales del sistema.

Comparando el Comportamiento de la ESM con la significación del Diagrama Sistémico que presentamos en el apartado 34.1 de esta obra, podremos encontrar algunos argumentos importantes que nos ayudarían a responder con las restricciones del caso, a las posibilidades que presenta la interrogante de si *¿Es válida la Economía Social de Mercado, para sustentar una Estructura Política Democrática de un Gobierno Global Comunitario?*

En principio creemos que debe seguir vigente como escala de proceso, el modelo de la ESM como propuesta político-económica, para la construcción comunitaria, pero sin perjuicio de una revisión crítica de la misma. Sin embargo, con la aparición en escena de una nueva proposición basada en el paradigma político aristotélico, por parte de destacados autores, propuesta que fue generando una nueva corriente de pensamiento político tendiente a construir un modelo más cercano al predicamento COMUNITARISTA.

Como consecuencia del estudio comparativo graficado, podemos afirmar que en el modelo de la ESM, se perciben aristas de un modelo democrático, que no puede sustraerse de la vocación de exclusión y marginamiento que demuestra respecto de la comunidad, por falta de una visión constructiva, a diferencia de *la Doctrina Comunitarista que "está en permanente proceso de construcción democrática", sin limitarse a lo cuantitativo económico y que replantea* los *problemas de la comunidad con base a un proyecto de reforma cultural y un mejoramiento efectivo de la calidad de vida y de convivencia.*

DIAGRAMA 2



Recordemos que en un esquema comparativo de la pertinencia y las posibilidades de uno de los modelos extremos (Doctrina Neoliberal - DNL o Doctrina Socialista - DS) para sustentar el desarrollo de un gobierno global comunitario trae como consecuencia, como ilustra el diagrama: (a) un estancamiento, propio de la DNL impotente para resolver las ecuaciones "muy complejas" del comunitarismo; o (b) una evolución hacia abajo (involución) desde la DS que crea una falsa expectativa en cuanto a que aparentemente se constituyen estructuras de grupos con cierto dinamismo comunitario, en el Modelo de la Economía Social de Mercado. Sin embargo, en la práctica ambos caminos alejan el proceso de un resultado factible para la permanencia y sostenimiento de un proyecto comunitario de mediano o largo plazo.

La respuesta a esta pregunta no se orienta a comparar o buscar atributos a esos dos modelos o a cada uno de ellos por separado. Antes bien, resuelve la problemática planteada con una propuesta diferente - LA PROPUESTA COMUNITARISTA-; expresada en términos del diagrama comparativo en el extremo superior derecho, con la denominación DCA (Doctrina Comunitaria Aristotélica)

La *Doctrina Comunitarista* - DCA - emerge en el escenario de los debates como la corriente que sustenta la "democracia horizontal y desde abajo

hacia arriba" en cuanto al protagonismo de la comunidad, como MANDANTE de las autoridades que gobiernan; al tiempo de consolidar la representación y ejercicio territorial del poder de los MANDATARIOS, como intérpretes de la voluntad popular, en proceso de descentralización territorial plena del poder. Paralelamente, en este escenario comunitarista se percibe y se concibe un modelo descentralizado, por un lado; y un modelo de regulación y control desde el gobierno central, con poder de representación de los responsables del Planeamiento Estratégico, propios de un Proyecto Comunitario Global, por otro lado.

Concluimos este apartado planteando una propuesta comparativa entre el Modelo de la ESM y la Doctrina Comunitarista Aristotélica, y las apreciaciones de Anthony Giddens sobre el Fundamentalismo de Mercado a Escala Mundial.

MODELO DE LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO (ESM)
Doctrina Neoliberal (DNL) + Doctrina Socialista (DS) = ESM

Constituye un Modelo Democrático. Sin embargo, se manifiesta excluyente y con vocación de marginamiento de la comunidad global, por evidente falta de "visión constructiva". Esta carencia de visión constructiva es debido a la falta de concepción integral del desarrollo (conforme al marco teórico postulado por Mario Bungue).

DOCTRINA COMUNITARISTA ARISTOTELICA (DCA)

De vocación constructiva frente a la dinámica de la comunidad, porque implica la construcción de escenarios de mercado que ponen el acento en:

"El mutuo perfeccionamiento en diálogo con los demás miembros de la comunidad política, en afecto y solidaridad, concordia y consenso de opiniones, respaldados por la justicia política que no debe permitir que nadie quede excluido de la vida comunitaria".

El fundamentalismo del mercado a escala mundial

"El fundamentalismo de mercado ha sido forzado a replegarse en la política nacional debido a su naturaleza estrecha y contradictoria. Sin embargo, continúa rigiendo a nivel global, a pesar de que allí surgen los mismos

problemas que en ámbitos más locales. En la ortodoxia neoliberal, dar total libertad a los mercados globales es lógico, porque, como todos los mercados, son mecanismos que resuelven problemas y tienden al equilibrio. Fluctuaciones aparentemente irracionales son en realidad actividades condensadas de resolución de problemas, que conducen muy pronto a un nuevo y reajustado equilibrio. Una descripción más convincente de la dinámica de los mercados mundiales sugiere, sin embargo, que son las expectativas de las fluctuaciones de los precios, más que los precios en si, las que impulsan las decisiones, y las expectativas son habitualmente inducidas más por fenómenos psicológicos que por los puramente económicos. Crisis, fluctuaciones erráticas, la repentina afluencia de capital que entra y sale de determinados países y regiones, éstos no son rasgos marginales, sino centrales, de los mercados descontrolados.

La regulación de los mercados financieros es la cuestión más apremiante de la economía mundial, a raíz de la crisis mexicana de 1994 y los sucesivos problemas en el sureste asiático. Aquí, como en otras partes, desregulación no es igual a libertad, y un compromiso global con el libre comercio depende de la regulación eficaz en lugar de hacer caso omiso de su necesidad. Los objetivos de tal intervención son fáciles de identificar, pero qué políticas concretas debieran seguirse, y cómo pueden ser implementadas, es obviamente más problemático. Las necesidades son: restringir los excesivos movimientos de capitales y controlar los excedentes; separar la especulación monetaria a corto plazo de la inversión; y fundar una mayor responsabilidad entre las organizaciones transnacionales involucradas en la gestión económica mundial, a la vez que reestructurarlas.

Del billón de dólares americanos en divisas que se intercambia a diario, sólo el 5% deriva del comercio y otras transacciones económicas sustantivas. El otro 95% está compuesto por especulaciones y arbitrajes, al buscar los negociantes que manejan sumas y beneficios rápidos en fluctuaciones de tipos de cambio y diferenciales de tipos de interés. Estas actividades distorsionan las señales que dan los mercados para las operaciones a largo plazo y el comercio. El capital en valores tiene una movilidad espectacular, cientos de miles de millones de “dinero caliente” pueden abandonar un mercado o un país en un día. Los bancos centrales no tienen reservas suficientes para soportar la presión colectiva de los especuladores jugando con la devaluación de las monedas más débiles.

Tras la crisis mexicana, muchos escribieron sobre la necesidad de crear instrumentos más eficaces de gobierno financiero, pero se instituyeron pocos cambios sustanciales. Los trastornos sufridos por las economías del tigre asiá-

tico han hecho mucho más aparente la necesidad de nuevas formas de regulación. Recuérdese que los países asiáticos pasaron de la noche a la mañana de representar modelos de éxito industrial a ser economías en apuros. Antes de estos acontecimientos, no era tan obvio que los movimientos de capital pudieran generar crisis con tanta facilidad. En 1996, 93.000 millones de dólares afluyeron hacia Indonesia, Corea del Sur, Malasia, Tailandia y Filipinas. De repente, en 1997, la situación se invirtió, con un flujo saliente de 12.000 millones de dólares.

La respuesta neoliberal, de liberalizar aun más los mercados de capitales, sólo sirve de receta para unos trastornos incluso mayores de los que se han sufrido en los últimos años. La idea de que controlar la libre movilidad de capital produce una pérdida de eficiencia es porque no toma en cuenta los costes sociales y económicos de las crisis. Asegurar la rentabilidad del capital significa habitualmente subir los tipos de interés y vender activos nacionales. Por otra parte, las afirmaciones frecuentemente realizadas sobre los beneficios de la libre movilidad de capitales son, cuando menos, cuestionables. China y Japón, entre otros países, han tenido altas tasas de crecimiento sin convertibilidad de la cuenta de capitales. En Europa, ha ocurrido lo mismo en Irlanda y Portugal, que no avanzaron resueltamente en esta dirección hasta comienzos de los noventa.

¿Cómo pueden regularse los mercados financieros? Un aspecto clave es la especulación monetaria. La entrada del euro significa que habrá tres monedas mundiales, con una interrogación sobre el yen. Esta situación podía llevar a enfrentamientos entre los bloques monetarios, pero también implica una coordinación creciente en la economía mundial que podría volverse en cooperación activa. El financiero George Soros ha sugerido que el euro y el dólar estadounidense podrían unirse formalmente como mecanismo estabilizador.

Los tipos de cambio estables deberían beneficiar por igual a las instituciones financieras, a las empresas, a los inversores y a los gobiernos. La inversión a largo plazo y el préstamo son estimulados por una mayor estabilidad. Los costes para los exportadores e importadores serán menores, pues no existirá la necesidad de protegerse contra las fluctuaciones en los tipos de cambio. Por otra parte, tanto los países industrializados como los que están en vías de desarrollo tienen que ganar, ya que ambos buscan una mayor autonomía gubernamental y una intervención eficaz de los bancos centrales.

Una alternativa al régimen fijo de tipos de cambio es el muy discutido impuesto Tobin, cuyo creador propuso hace más de un cuarto de siglo. El impuesto podría establecerse a un nivel que desincentivara la especulación financiera pura, en tanto que no evitaría el intercambio monetario necesario para la financiación del comercio y la inversión directa. Una tasa del 0,5% aplicada en 1996 habría producido 150.000 millones de dólares si se hubiera recaudado a escala mundial. Sus detractores encontrarían maneras de evadirlo. El obstáculo principal, sin embargo, no atañe a problemas de evasión, o, en general, de implementación, sino a la falta - por el momento - de voluntad política. A un nivel más local, el sistema de reservas en Chile ha atraído, merecidamente, mucha atención. Aquellos que desean invertir en el país están obligados a efectuar un depósito sustancioso, a 10% de interés, en el banco central durante un año, siendo el efecto separar la inversión verdadera de los negocios financieros más especulativos.

El Banco Mundial, el FMI y el GATT fueron creados para lidiar con los trastornos globales de los años veinte y treinta, no con los de hoy. El sistema Bretón Woods-GATT fue introducido para evitar las dificultades surgidas tras la I Guerra Mundial, incluidas las políticas comerciales restrictivas y la Gran Depresión -el período conocido comúnmente como “la era de la catástrofe”-. El objetivo era estimular la cooperación económica internacional a través de una economía mundial abierta y en expansión. Estos objetivos han sido en gran medida logrados. El nacionalismo económico virulento no ha reaparecido y no ha habido grandes guerras entre los países que forman el núcleo del sistema. En parte, es ese mismo éxito el que ha generado una nueva serie completa de problemas.

Debería considerarse seriamente el establecimiento de un Consejo de Seguridad Económica en el seno de las Naciones Unidas. Hacerlo sería tan difícil como otras reformas, o más, pero sería complicado refutar su importancia. Requeriría un cambio en la Carta de la ONU y “una voluntad política de proporciones heroicas”. El G8 podría seguir jugando su papel actual en la coordinación de las estructuras políticas de los países industrializados. Hay muchos asuntos, como el gobierno de los mercados de capitales y la respuesta a los riesgos ecológicos, que no pueden resolverse sin una acción colectiva que involucre a muchos países y grupos. Ni siquiera la economía nacional más liberalizada funciona sin una coordinación macroeconómica; no tiene sentido suponer que la economía mundial es diferente.

El tema de la gestión ecológica global se solapa en gran medida con el de la profunda división económica en la sociedad mundial. Hay un paralelis-

mo real entre la exclusión dentro de las naciones y regiones y la exclusión a escala mundial. Una prosperidad creciente para muchos deja a otros sin recursos y marginados. Los veinte países más ricos del mundo han experimentado un constante avance en riqueza desde 1980. Aproximadamente un cuarto de la población mundial vive en estos países. El estancamiento económico, o incluso el declive absoluto, ha caracterizado a muchas de las sociedades más pobres. Un 30% de la población mundial vive en el umbral de la renta de pobreza equivalente a un dólar USA diario. El Africa subsahariana, con la excepción parcial de Sudáfrica, integra prácticamente un continente completo de excluidos. Incluso en los países más pobres hay también exclusión en la cúspide. Pequeñas élites, a veces objetivamente ricas, viven física y culturalmente aisladas de la gran mayoría. Con bastante frecuencia sacan sus ingresos abiertamente del blanqueo de dinero, el tráfico de armas o el de drogas.

Los problemas relacionados con la reducción de la desigualdad mundial son verdaderamente intimidadores. Parece muy improbable, sin embargo, que pueda causarse un impacto significativo sobre ellos sin un progreso hacia un mayor gobierno global. Lo mismo ocurre con el riesgo ecológico. La cuestión no es sólo cómo contener los peligros medioambientales, sino los efectos del desarrollo económico de los países pobres, suponiendo que aquello se consiga. La modernización ecológica, tal como es entendida actualmente, no proporciona estrategias para la transición desde una economía agraria a una industrial. La gestión económica global, como mínimo, no será fácil, y no sólo debido a las presiones a favor de un crecimiento económico medioambientalmente nocivo, sino debido a que los riesgos ecológicos, y más ampliamente los asociados al cambio tecnológico, son tan intrínsecamente controvertidos.

Las acusaciones de alarmismo innecesario no proviene sólo de la derecha, y mucha gente se abandona a la opinión de que “las cosas acabarán saliendo bien”. Puesto que por definición nadie puede calcular los riesgos, y el cambio tecnológico futuro es imposible de predecir, no pueden describirse escenarios plenamente convincentes. Los problemas globales responden a iniciativas locales, pero exigen también soluciones globales. No podemos dejar tales problemas a merced del errático torbellino de los mercados mundiales y de los relativamente impotentes cuerpos internacionales si queremos crear un mundo que combine estabilidad, equidad y prosperidad” (5).

(5) Anthony Giddens. La Tercera Vía, pp. 173-179.

3. ¿POR QUE DEVIENE IDONEO EL PARADIGMA POLITICO ARISTOTELICO COMO FORMA LEGITIMA DE GOBIERNO DEMOCRATICO PARA UNA COMUNIDAD GLOBAL?

Creemos que la forma democrática de gobierno que propicia es la mas idónea para superar ciertos procedimientos excluyentes del sistema económico neoliberal, puesto en práctica a través de la economía libre de mercado. Es importante puntualizar que en la administración de un gobierno democrático comunitario, los intereses del mercado no deben separarse de los intereses políticos de los gobiernos, y menos de los principios y valores democráticos, para beneficiar a grupos económicos de poder, en perjuicio de la comunidad global. En este sentido *el más preciado objetivo económico debe ser, no solo aumentar la riqueza de las naciones, sino sobre todo potenciar el grado de libertad y bienestar de todos los miembros de la comunidad, sin exclusión alguna, para que éstos puedan ejercer ampliamente sus opciones existenciales.*

En síntesis, ratificamos que la libertad no debe ser solamente medio para aumentar la riqueza, sino por el contrario, la riqueza debe ser condición para consolidar el bienestar y libertad de todos los ciudadanos de la comunidad.

Considerando el desfase existente entre el "ser" y el "debe ser" de la democracia actual, denunciado por varios autores, transcribimos las sabias opiniones de Paul Ricoeur:

"Pocas ideas son hoy más saludables y liberadoras que la idea de que hay una razón práctica (...) El papel de la utopía es el de recordarnos que la razón práctica no anda sin sabiduría práctica, pero que la sabiduría práctica, en las situaciones de la alienación, tampoco va, sin que el sabio tenga que convertirse en el loco, porque los valores que regulan el lazo social se han vuelto locos".

Por eso parece acertado, para reconstruir el campo de la convivencia humana y de las ciencias que la estudian, invertir su punto de partida y retornar como lo hizo Aristóteles en su momento hacia la intimidad de las personas. Volver al foro interno y al contacto amistoso con los demás para así recuperar una sabiduría que sea verdaderamente práctica. Debemos sistematizar unas ciencias de lo humano que se interesen más por las personas que por las cosas y que no vuelvan a caer en la locura de considerar a las personas como cosas físicas o biológicas. Fundándonos en una ontología humanista,

debemos formular filosofías de la acción que comprometan a las personas con sus situaciones y su entorno, desplazando a las actuales que consagran la *disengaged reason,* la razón desvinculada y desentendida de la suerte de los humanos, filosofías de espectadores indiferentes que se alzan por encima del mundo cotidiano de los humanos, como si ellos no lo fueran.

En este sentido Aristóteles nos ofrece una respuesta más apropiada a las inquietudes y a los problemas actuales de la gente que superan por cierto la que nos da el paradigma liberal capitalista. Esto nos exime de mayores comentarios.

Aunque debemos señalar una característica general del paradigma aristotélico, que lo hace superior al modernista que devino materialista y cerrado a todo lo sobrenatural, como resultado lógico de la descomposición del deísmo europeo.

Con el vocabulario científico actual podemos decir que el paradigma aristotélico en la política tiene la ventaja que nos propone una política secular en el sentido propio de la palabra, una política que es laica pero no "laicista".

Reconoce la autonomía de lo temporal y el valor intrínseco del mundo de lo humano, aunque no está cerrado a la trascendencia. Su punto de partida son las características naturales de los seres humanos y la primacía que tiene la vida práctica en el ámbito de lo temporal, pero esto no significa que rechace la contemplación de la divinidad, "por que el hombre no es lo mas importante del mundo" y "por que hay otras cosas mas divinas en su naturaleza que el hombre".

Su ética en ningún momento necesita apoyarse en religión alguna. Ubica las acciones político-morales dentro de la comunidad política que, por definición, esta naturalmente para estimularle el servicio del desarrollo humano, de cada uno y en todas sus posibilidades, que también incluyen una dimensión religiosa.

Nos propone una sociedad personalista que se regula a sí misma, y al mismo tiempo una Sociedad Comunitarista, abierta al diálogo entre todos y por lo tanto flexible y atenta a cada experiencia verdaderamente humana.

Cualquiera puede darse cuenta de la enorme arrogancia que se requiere para atreverse a descartar de la participación y del diálogo democrático, como

se está haciendo hoy, a pueblos enteros y minorías de cualquier tipo. Peor aún cuando se excluye, no solo del dialogo político, sino también de la convivencia humana a grandes sectores marginados, cuando todo el mundo sabe que la mayoría de estos marginados surgieron de las estructuras injustas y de las múltiples irregularidades estructurales que proliferan en las sociedades capitalistas. La cultura del capitalismo calma su conciencia considerándolos superfluos, prescindibles o descartables.

Pero, con estas exclusiones de la comunidad dialogal nadie puede seguir hablando seriamente de democracia" (6).

Seguidamente, para justificar nuestra propuesta, entramos a analizar con más profundidad el pensamiento vivo de Aristóteles, valiéndonos de las siguientes preguntas:

"¿Aristóteles, en general, era o no partidario de la democracia tal como la entendemos hoy? Poniéndonos dentro del sentido de la transitada definición de Abraham Lincoln, para precisar de qué estamos hablando:

¿Aristóteles se define o no a favor de una política del pueblo (entendido como la totalidad del cuerpo ciudadano) y manejada por el propio pueblo, lo que da lugar a que sea para el beneficio del pueblo en su conjunto salvo errores de éste?

Básicamente, el asunto se expone en términos analítico-prescriptivos propios de la ontología aristotélica, y a través de una tipología clasificatoria, en el tan difícil, complejo y controvertido Libro III de la Política.

Luego de haber expuesto en el Libro I los principios generales de la polis y de la política, pasa en el Libro II a exponer críticamente las propuestas de diferentes regímenes expuestos en su tiempo por Platón, Faleas de Calcedonia e Hipódamo de Mileto, y los regímenes vigentes en algunas polis que pasaban por bien gobernadas tales como Esparta, Creta y Cartago.

Dentro de esta continuidad de los Libros de la Política, que es la aceptada por la mayoría de los eruditos, trataremos entonces de rastrear el sentido del Libro III, "quizás el más importante de todos los libros de la política",

(6) Paul Ricoeur: "La raison practique" en du Texte a l' Actino, Paris, Editions du Seuil. 1989, pp. 273 y 288. Citado por José Enrique Miguens, comunitarismo y democracia en Aristóteles, pp. 444-445.

como lo reconoce Sir Ernest Barker en su excelente traducción comentada. Lo buscaremos a través de los sinuosos argumentos y desvíos del tema principal, en un texto que los comentaristas no vacilan en calificar como "oscuro", "tortuoso" y "desesperante para todo lector prevenido que busca, en qué partido se ubica finalmente Aristóteles" (7).

"En la primera parte del Libro III que podría denominarse Sección A, que incluye los capítulos 1 a 5, el filosofo nos dice que para entender a los regímenes del gobierno politeial, debemos investigar primeramente la naturaleza de la Polis (Pol., 1247 4b32). Como ésta es un compuesto (syntheton) o un todo (holón), constituido por partes diferentes entre sí, tenemos entonces que estudiar también la naturaleza de los ciudadanos (polites) que la componen. Razona F. Wolf que se refiere a las características necesarias de sus ciudadanos, o sea, lo que se denomina su *areté*, su virtud o excelencia propia como tales. "La Conclusión a la que llegamos es que la excelencia del ciudadano debe ser una excelencia relativa al régimen de gobierno (politeia) del cual es miembro" (Pol., 1276b 30). Aristóteles se refiere a la virtud de los miembros de una comunidad en cuanto tales, prescindiendo aquí de las excelencias específicas que exigen los papeles sociales que desempeñan. La excelencia (o virtud) del ciudadano debe ser común a todos y orientada al fin de la comunidad a la que pertenecen, en este caso a la comunidad política y su modo de vida. Contra aquellos que, como Platón, afirman que hay que educar por separado y de una manera diferente a los que por naturaleza deben mandar, lo que excluye la igualdad entre todos. Aristóteles responde que "la excelencia de ser un buen ciudadano debe pertenecer a todos los ciudadanos sin distinción, porque ésta es la condición necesaria para que una polis sea la mejor" (1277a 1-5). Anteriormente habíamos dicho que "La naturaleza de la ciudadanía en general... y su condición final, se resume a lo siguiente: [Ciudadano] es aquel que goza del derecho de compartir los cargos deliberativos y judiciales" (1275b 15-20).

En la que podríamos llamar Sección B [Cap. 6 a 8] trata específicamente de los distintos regímenes de gobierno y su clasificación; en ella, se realiza una curiosa recapitulación de los principios fundamentales acerca de la polis y de los distintos modos de autoridad, y la importancia que tienen para eva-

(7) Francis Wolf. "L' Unite structurelle du Livre III, en P. Aubenque (comp): Aristote Politique. Presses Universitaires, 1993, pp. 289- 313. Wolf es autor también del trabajo "Aristote démocratique", en Philosopie, 18, 1998, citado por José Enrique Miguens. Desafió de la Política Neoliberal — Comunitarismo y Democracia en Aristóteles, pp. 103-104.

luar los distintos regímenes políticos. Antes de discutir la naturaleza de los distintos tipos de gobierno, dice: "Debemos primeramente asegurar dos cosas: la naturaleza del fin por el cual la polis existe y los varios modos de autoridad a la cual están sujetos los hombres y sus asociaciones (1278b. 15-20).

En fin, como veremos luego más detenidamente, es el mutuo perfeccionamiento y la vida buena para todos y los modos de autoridad los que derivan de los tres principios o "*archai*": el despótico, el paternal y el político. Cualquier discusión relacionada con las excelencias de los ciudadanos y con las excelencias o virtudes de un régimen político debe tener en cuenta estas dos cosas.

Aquí el nudo del asunto está en la estructura socio-política. Aristóteles no acepta una estructura que separe permanentemente a los gobernantes de los gobernados estableciendo distintos grados de estima para cada grupo, porque esto configuraría una estructura de tipo servil que él asimila a la *arché depotike*. En estos tipos de estructuras despóticas los gobernados no son ciudadanos sino súbditos. Todo el capítulo 6 es una recapitulación de este tema. "Este no es el régimen de gobierno del que estamos hablando aquí; pero hay una manera de gobernar sobre personas que son similares al gobernante por nacimiento y son igualmente libres. Esto es lo que nosotros denominamos gobierno político, son igualmente libres, politiquen archen" (1277b 5-10). En este tipo de régimen, a diferencia de los otros modos de gobierno, todos los ciudadanos deben aprender a gobernar y a ser gobernados porque todos están llamados tanto a gobernar como a ser gobernados "Cuando el régimen político se construye sobre el principio de que sus miembros son iguales y pares, los ciudadanos consideran como apropiado el ocupar los cargos por turno" (1279ª 8-10).

Este principio de alternancia en los cargos es fundamental para caracterizar al sistema llamado "político" (a diferencia del despótico y del paternalista). Podríamos calificar a este principio de alternancia como la médula de una auténtica democracia, y afirmar que solo puede darse dentro de una comunidad política de personas libres e iguales. Además, como veremos enseguida, para Aristóteles esta alternancia es lo único que puede, en justicia, legitimar que en una polis, unos manden a otros" (8).

(8) Francis Wolf. "L' Unite structurelle du Livre III, en P. Aubenque (comp): Aristote Politique". Presses Universitaires, 1983, pp. 289-313. Wolf es autor también del trabajo "Aristote démocratique", en Philosopie, 18, 1998,

Comunidad y comunidad política, desde el pensamiento de Aristóteles

"Como era lógico suponer, el concepto central de la polis, entendida como comunidad política, configura la concepción que tiene Aristóteles de lo político como modo especifico de interacción entre los ciudadanos (polites) y de la politeia como emergente cultural del modo de vida y de convivencia que se da en tal comunidad política. Este concepto de polis, así entendido, resulta entonces fundamental para la correcta interpretación del sistema político de Aristóteles. El mismo está contenido en el Corpus que constituyen: sus tratados sobre la Etica (Etica Nicomaquea, Etica Eudemia y Gran Moral), la Política, los Tópicos y la Retórica, a las que podríamos agregar la Constitución de Atenas y algunos fragmentos que llegaron hasta nosotros.

Síntesis de la teoría política de Aristóteles

Aristóteles fue el primero en introducir el concepto de "comunidad política" en el lenguaje de la filosofía política. Lo hizo estableciendo una constelación de sentido que liga entre sí a los conceptos de *polis, politeia, polites* y *politike*, a los que otorga un sentido propio y especifico que resulta imprescindible tener en cuenta para caracterizar lo que es para el, lo público político, asunto que hoy está tan confundido.

Para nuestro filosofo, el ámbito de lo público, único donde puede darse lo político, es entendido como un lugar o más propiamente como un *topos*, o sea, como un reino o región epistémica que se da también en la realidad como "región óntica", según la terminología husserliana donde situamos a un cierto tipo especifico de acciones sociales, es decir: interacciones, actividades, conductas y actuaciones humanas societarias, que son la materia propia de lo político, entendido como un modo de vida que es constitutivo de lo humano propiamente dicho y que lo diferencia de los animales gregarios. Por eso el hombre es *zoon politikón*. En este topos de lo público se da entonces la vida política, el *bio políticos* que está constituido por la acción (praxis) y el habla (lexis), entendida como discurso persuasivo, de la que trata la Retórica. Por eso, el hombre que está fuera de su polis es un *aneu logon* (privado de la palabra), lo que no quiere decir que sea mudo. Sin el ejercicio de este aspecto fundamental de la vida política, las personas decaen como tales y van retornando a la pura animalidad y al rebaño.

---

citado por José Enrique Miguens, Comunitarismo y Democracia en Aristóteles. Edit. EL ATENENO. Bs. As, 2001, pp. 103-106.

Con estas posiciones, Aristóteles se aparta radicalmente, según el filósofo alemán Manfred Riedi, "de formas lingüísticas político-regresivas, tales como la *synoikia* platónica y la concepción de la polis como un orden cósmico, por una parte y como la estructura anímica de un macro hombre, por la otra". Por *synoikia* se está refiriendo a la concepción platónica de la sociedad como un conjunto de familias unificadas en una gran familia (concepción que Aristóteles desprecia como hemos visto), y por macro hombre se refiere Riedi a la reiterada analogía que hace "Sócrates" de la sociedad como un alma humana ampliada rigiendo a un cuerpo social (República, 435 a y b, 441 a, 444 a y b, 445 c y d, 447 c y en todo el Libro VIII).

En Aristóteles, en cambio, el buen orden de la sociedad política (*eumonía* y *eutaxía*) deja de verse como una réplica del orden cósmico o como un *analogon* del orden y la jerarquía que para Platón presuntamente tiene alma "bien" constituida y por lo tanto la sociedad bien constituida, lo que impide ver, tanto lo que es el ámbito público como la propiamente político.

Las acciones propiamente humanas tienen la curiosa característica que no pueden ver los sociólogos positivistas de ser contingentes, esto es, que no necesariamente determinadas, porque las personas son libres. Por eso la ciencia política es ciencia práctica y trata de las decisiones que se pueden adoptar en el ámbito de lo político, que son elecciones ante alternativas diversas que deben resolverse en condiciones de incertidumbre mediante la deliberación entre todos y teniendo en cuenta todas las opiniones. Aunque se lo ha pasado por alto, la cuestión la define contundentemente Aristóteles en su Retórica con esa fuerte advertencia: "Cualquiera que no tiene en cuenta esto, pierde su tiempo". Precisando el asunto nos dice: "Muchas de las cosas sobre las que adoptamos decisiones y dentro de las cuales, por lo tanto, indagamos, se nos presentan como posibilidades o alternativas. Porque es acerca de nuestras acciones que deliberamos e indagamos y todas nuestras acciones tienen un carácter contingente; casi ninguna de ellas está determinada por la necesidad" (Retórica (de aquí en adelante), L, *1*, Cap. 2 1 357a 5-10 y 23-27).

Si las acciones estuvieran determinadas, no hay posibilidad de elección y por lo tanto es innecesaria la deliberación entre todos acerca de lo que debe hacerse o conviene hacer dadas las circunstancias. Debido a que las acciones no están determinadas, los actores sociales pueden responder a la pregunta acerca del "porqué" de sus acciones y dar razones de sus preferencias. Lo dicho ocurre en la casi totalidad de las acciones que podríamos denominar "práxicas". Aristóteles trata el asunto expresamente en el L. 1 Cap. XVI de su Magna Moralia dedicado a la preferencia reflexiva: "la preferencia solo cabe

en las cosas que el hombre puede hacer y en las cosas en que depende de nosotros obrar o no obrar; obrar de tal manera o de tal otra; en una palabra, en todas las cosas en que puede saberse el porqué de lo que se hace; en las cosas de este género es posible la deliberación para saber cómo se debe obrar. Pero la indeterminación se encuentra en todas las cosas que el hombre puede hacer".

El proceso de argumentación-deliberación conjunta, decisión común, dentro de la comunidad política constituye como tal a la polis democrática. Como apunta Barker con la típica circunspección británica: "No es pues una glosa desleal sugerir que Aristóteles asume por implicación que la dialéctica del debate es el ultimo fundamento del principio de gobierno popular (*arché politiké*, aclararía yo) en tanto que él acepta este principio. En otras palabras, la democracia está basada sobre la discusión".

Cabe señalar, volviendo nuestra vista a la realidad paraguaya que: "Cuando a Don Augusto Roa Bastos (premio Cervantes 1989) se le pregunto: "¿Por qué el Paraguay se debatía en la ciénaga de una crisis política y transición sin horizontes el "hombre político" que emerge del gran literato respondió: "En el Paraguay no se ha iniciado aún el debate, y en tanto éste no se desarrolla, el paraguayo y los paraguayos no habrán realizado todavía pensamiento, discurso o gestión política alguna".

Este principio de la argumentación, deliberación conjunta y decisión de la comunidad política como entidad agente, que es sujeto de sus propias acciones, es fundamental para entender la teoría política de Aristóteles" (9). En base e este principio señalado y por el contraste de las posiciones antagónicas de los modelos extremos (neoliberalismo y socialismo) se debe entender que la "Polis" del paradigma aristotélico, al prescindir de una visión exclusivamente cósmica, pasa a integrar el debate político como cimiento de participación de las estructuras comunitarias en camino de CONSTRUIR UNA COMUNIDAD GLOBAL.

A comienzos de los noventa, participantes en el debate sobre el futuro de la socialdemocracia hablaban de aire de desilusión que ha rodeado a la renovación social demócrata. Los socialdemócratas en Europa, y también en otras zonas del mundo, perdieron confianza a la vista del ascenso de la filosofía del libre mercado y del colapso del "socialismo actualmente existente" en

(9) José Enrique Miguens —Desafío de la política neoliberal— Edit. EL ATENEO - Bs. As. - 2001, pp. 99-102.

Europa del Este. Líderes de partidos opuestos ostentaron el poder en Estados Unidos, mientras dos de los grandes partidos socialdemócratas, en Gran Bretaña y Alemania, pasaron largos períodos en la oposición. Aunque los socialdemócratas mantuvieron el tipo en Europa meridional, tanto electoral como conceptualmente "la socialdemocracia entró en un estado de depresión".

Una serie de acontecimientos clave ayudaron a que cambiara la suerte en los países más representativos de los modelos políticos extremos. También sobrevinieron cambios en Europa Central y en el norte. Finalmente, la victoria del laborismo en el Reino Unido fue considerada también en muchos países como un nuevo comienzo. "Y entonces llegó el gran cambio sobre el estado de la socialdemocracia en Europa, y se puede añadir que ese cambio derrotó "al símbolo mismo de la crisis socialdemócrata de los años ochenta, el conservadurismo fue sustituido". Ahora corresponde preguntar cómo se puede proyectar esta posibilidad de TERCERA VIA — DEL COMUNITARISMO a la realidad del proceso hacia un gobierno mundial que en su devenir histórico y su evolución prospectiva, es difícil predecir. Pero de lo que podemos estar absolutamente seguros es que "el debate al respecto es impostergable".

En el cierre, no podemos soslayar la trascendencia de actualizar el paradigma aristotélico en el escenario de la política moderna, y desde las exigencias y desafíos de la Tercera Vía, como lenguaje semiótico del Comunitarismo. En efecto, recordemos con Aristóteles que:

"El fundamento de la ética no es psicologista ni normativista. No se basa en dudosas leyes psicológicas del comportamiento, ni en deberes abstractos impuestos por los filósofos racionalistas. Es primordialmente ontológico y antropológico, porque parte de la constatación del modo de ser de los humanos en sociedad. Es indiscutible su punto de partida ontológico, pues todo ser viviente o ser animado tiene en sí el principio de su desarrollo, del pleno florecimiento o eudaimonía. Este es el bien final de su proceso vital, que ocurrirá naturalmente si algo no lo traba, debilita o impide. Esta posición clásica se refleja hoy en la orientación que tomó la Psicología en los últimos veinte y cinco años. Cuando antes se hablaba de libido y de pulsiones instintivas hacia objetos externos, hoy se habla preferentemente de "endocracia positiva" o de energía vital integral de cada ente (que incluye su energía psíquica), que lo impulsan hacia un crecimiento personal interior y su "auto actualización", o sea, lo que Aristóteles denominaba la *dynamis* de cada ente viviente que lo lleva hacia su acabamiento y plenitud.

La Etica Aristotélica implica pues una afirmación de la persona, no como individuo de una especie *y* como tal indefinido y sustituible por otros, sino como actor originario y responsable de sus propias acciones, que actualiza su desarrollo como persona a través de sus vinculaciones con otras y su pertenencia a grupos y comunidades que culminan en la Comunidad Política"(10).

En efecto, la práctica cotidiana, pero trascendente del predicamento del paradigma aristotélico consiste en: *"Buscar el mutuo perfeccionamiento en el diálogo con los demás miembros de la comunidad política, en afecto y solidaridad,* concordia *y consenso de opiniones, respaldados por la justicia política que no debe permitir que ninguno quede excluido de participar en la vida comunitaria"*.

La República China en Taiwán como modelo de desarrollo comunitario aristotélico

El progreso de las naciones en el mundo actual no depende solamente de las fuerzas naturales, sino de la conjunción de fuerzas naturales y humanas, así como la describe la nueva Ciencia de la Convivencia (*) de esas fuerzas de origen humano, las mas potentes son las fuerzas políticas y las económicas, por que ellas influyen mas que en las fuerzas de la naturaleza, en la grandeza o decadencia de las naciones. Como el gran desafío del gobierno Taiwán esta en la tarea de armonizar la Democracia Política con el Crecimiento Económico y la Equidad Social.

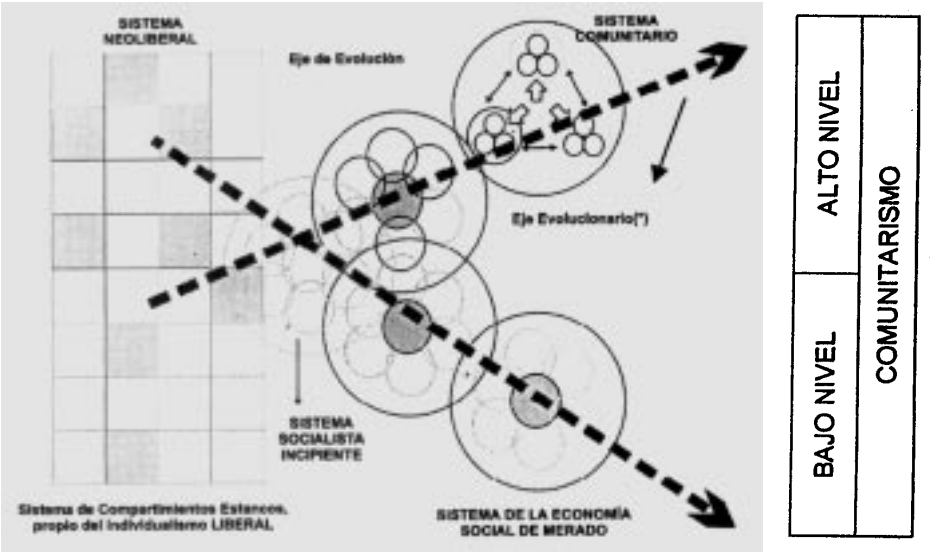
Y como la respuesta a este desafío dio resultado positivo. La presentamos con fines de estudio y modelo de desarrollo comunitario:

---

(10) José Enrique Miguens — Desafío de la política neoliberal — Edit. EL ATENEO — Bs. As, — 2001, pp. 426-427.

(*) *Ciencia de la Convivencia*: También denominada Ciencia de la Conducta o Ecodinámica, en ella quedan involucradas todas las disciplinas organizacionales como las jurídicas, las políticas, las económicas y las provenientes de la tecnología comunicacional; implica la inserción a una nueva cultura. Este cambio de mentalidad requiere un profundo proceso de imaginación que sustituye a la tradicional recolección de datos; trasladarse más allá de la sociedad post-industrial, abandonando la concepción atomística individualista. Se sabe en este contexto, girar hacia una visión simbiótica en todos los procesos para que nos lleve a descubrir las conexiones de todas las actividades.

DIAGRAMA 3



La perspectiva que representa la flecha diagonal ascendente del diagrama supone un tratamiento mucho más complejo de lo que se ilustra en el diagrama observado. Es así que consideramos al modelo vigente, con paradigmas aún en proceso de construcción, el que se está dando en el sistema de la ROC — República de China en Taiwán. Para ello es necesario verificar la estrategia de "hacer política en el marco del Executive Yuan de aquella república democrática. Recurrimos entonces a lo expresado por el Dr. Sun Yatsen (padre del modelo democrático de Taiwán).

Aplicando el modelo del Diagrama 3, que puede calificar de bajo o alto nivel de eficiencia al sistema sustentado por los tres principios del pueblo de la ROC: *Principio de Democracia:* Principio de Bienestar Social y Principio de Nacionalismo. Utilizamos las propias expresiones de Sun Yat-sen, para presentar la orientación de este modelo de "alto nivel" de eficiencia, que "al planearse la Revolución China de 1912, se logró reunir:

- Las realizaciones de las ciencias;
- Las artes y el pensamiento de la antigüedad; y
- El pensamiento presente, de China y del exterior.

Es como un sumario de las civilizaciones china y occidental. Debido a su naturaleza de pensamiento ecléctico, la doctrina de los tres Principios se presenta como “toda verdad” “toda bondad”y “toda excelencia”. Decimos que el nacionalismo, la democracia, el socialismo democrático, son parte de la verdad, pero no toda la verdad. Esta Doctrina contiene las tres corrientes principales del internacionalismo, del individualismo, del colectivismo, del capitalismo y del socialismo democrático: en ese sentido, al integrar todo lo bueno de estas doctrinas tiende a ser “toda bondad”, “toda excelencia”, porque enfrentando los vicios y los defectos de las varias doctrinas crea por sí mismo la doctrina el método eficiente del proreso, En el mundo de hoy las doctrinas en que se apoyan los partidos gubernamentales de los varios países, tienden principalmente a la democracia, el comunismo y el fascismo.

En efecto, esas tres doctrinas tienen todas sus deficiencias y su contenido es muy imperfecto; por ejemplo, el comunismo da la mayor atención a la economía aproximándose a la doctrina, pero menosprecia el nacionalismo y la democracia: además, aunque el comunismo proclama su preocupación por la vida del pueblo, en realidad mira solo el beneficio de una clase y no el beneficio de todo el pueblo. El fascismo acentúa el nacionalismo, pero menosprecia la democracia y la vida del pueblo: más aun, el nacionalismo de los fascistas sólo mira las ventajas para su propia nación, menospreciando las ventajas de las otras naciones. En cuanto a los partidos gubernamentales que proclaman la democracia, comúnmente en esos países se respeta la democracia y se habla de beneficios para todo el pueblo, pero en la realidad el tinte capitalista es demasiado acentuado por lo que no pueden dar solución adecuada a los problemas de la vida del pueblo. Por eso se puede decir que las políticas de esos gobiernos se inclinan según sus prejuicios y no son totales. Solo nuestra doctrina es diferente. Su punto de partida es la “equidad” por lo que puedo cubrirlo, haciendo todo equilibradamente y considerando todas las necesidades sin ningún prejuicio. Y dando un paso más adelante, apoyándose en el espíritu de la ayuda mutua y la cooperación procura la igualdad de todas las naciones del mundo para hacer del mundo una comunidad universal” (11).

Taiwán y los demás centros asiáticos de ultramar crecen aceleradamente, en tanto que los occidentales se tambalean. Porque los asiáticos operan de acuerdo al principio de competencia intrasistemas nacionales que regulan la actividad de las empresas. Las estrategias asiáticas de desarrollo se caracteri-

(11) Wang Sheng. “Estudio Comparativo de los Tres Principios del Pueblo con otras doctrinas”, con base en el pensamiento político del Dr. Sun Yat-sen, pp. 246-247.

zan por una intervención intensa del gobierno, a veces relaciones estrechas entre éste y las empresas, y un respeto no muy pleno del mercado y el comercio libres, atendiendo el no-quebrantamiento del bien común. Reiteramos, en este punto, las reflexiones de Wang Sheng que dice: "Cuando la milenaria China logró armonizar la democracia política, con los principios de una incipiente economía libre regulada por el Estado, no hizo sino remontarse a los principios filosóficos y doctrinarios que en su momento el propio Confucio había establecido como sustento a una praxis social, política y económica", y continuaba citando al Dr. Sun Yat-sen, respecto a los antecedentes histórico-culturales de la estrategia global del Proceso Chino de Taiwán, proceso éste que aún no ha sido abordado suficientemente en la dimensión de una investigación sistemática.

Sin embargo, a nuestro criterio, y aunque su tratamiento no haya sido exhaustivo, constituye una de las claves por la que el eminente investigador George C. Lodge sustenta su genial hipótesis respecto a que: "El secreto del éxito del desarrollo del sudoeste asiático puede radicar en el estilo de comunitarismo y la práctica de los deberes con sentido ético, configurando una disciplina de gestión que adquiere el carácter de filosofía de vida, cuyas raíces se fusionan con las propias raíces milenarias la cultura oriental".

En los términos del propio George C. Lodge, quien dice: "El problema en Occidente es que el socialismo europeo y el liberalismo estadounidense tienden a olvidar que el énfasis de los derechos no viene acompañado por una clara preocupación de los deberes. Los deberes son parte tan integral de la ideología comunitaria como los derechos: Si una comunidad garantiza derechos, debe, y a la larga lo hará, exigir obligaciones. En los países en los que el comunitarismo está relativamente poco diluido por el individualismo, como en los países asiáticos, que han despegado (China de Taiwán, Japón, etc.), las obligaciones se consideran tan o más importantes que los derechos.

Y, aún con mayor énfasis, posteriormente, expresa el Dr. Lodge: Que la ambivalencia occidental sobre este punto (los deberes), demuestra ser cada vez más costosa a medida que las empresas y los gobiernos se esfuerzan por pagar los crecientes costos de los derechos en tanto que las obligaciones son cada vez más elusivas. Es una de varias causas del deterioro competitivo de Occidente en la Economía Mundial (12).

Continuará...

(12) George C. Lodge, "Administrando la Globalización en la Era de la Interdependencia". pp. 151-152. Citado por Carlos Marcial Russo Cantero, El Mercosur ante la necesidad de Organismos Supranacionales, pp. 478-479.

Bibliografía

José Enrique Miguens, Desafío a la política neoliberal - Comunitarismo y Democracia en Aristóteles. Edit. El Ateneo - Bs. As. - 2001, pp. 21-102.

Wang Sheng. "Estudio Comparativo de los Tres Principios del Pueblo con otras doctrinas", con base en el pensamiento político del Dr. Sun Yat-sen, pp. 246- 247.

Anthony Giddens. "LA TERCERA VIA": La Renovación de la Socialdemocracia. Edit. Taurus. Bs. As. 2000.

Mario Bunge. "Ciencia y Desarrollo". Edit. Siglo XX. Bs. As.1985.

Dromi, Ekmekjian, Rivera. DERECHO COMUNITARIO. Régimen del MERCOSUR. Edit. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995.-

Roberto Ruiz Díaz Labrano. "Derecho Internacional Privado". Editorial Intercontinental - Asunción 1992.

Roberto Ruiz Díaz Labrano. "MERCOSUR Integración y Derecho". Editorial - Ciudad Argentina - Bs. As. 1996.

Ofelia Stahringer de Caramuti. El MERCOSUR en el Nuevo Orden Mundial. Edit. Ciudad Argentina. Bs. As. 1996.

Ubaldo Centurión Morínigo. "El orden jurídico supranacional". Edipar SRL. Asunción 1994.

Paul Walzlawick. El Arte del Cambio. Edit. Herder. Barcelona. 1998.

Carlos M. Russo Cantero. El MERCOSUR ante la Necesidad de Organismos Supranacionales. 1ª Edición Intercontinental. Asunción. 1999.

Carlos M. Russo Cantero y Horacio Galeano Perrone. Política Exterior, Cambios e Integración Regional. Edit. Intercontinental. Asunción, 2000.

Kenneth Waltz. "Teoría de la Política Internacional" Edit. CEL. Bs. As., 1988.

Lester Thurow, “La Guerra del Siglo XXI. Edit. Javier Verga. Bs. As. 1993.

George Lodge, Administrando la Globalización en la era de la Interdependencia. Edit. Panorama. México, 1996.

Dr. Sun Yat-sen, Los Tres Principios del Pueblo. China Publishing Company. Taipei, 1995.

Abel Aganbegyan. La Perestroika Económica. Una Revolución en Marcha. Edit. Aconcagua, 1997.

Jöel de Rosnay. El Hombre Simbiótico. Edit. Herder. Barcelona, 2000.

Jean-Marie Guéhenmo, El fin de la Democracia. La crísis política y las nuevas reglas de juego. Edit. Paidos. Barcelona, 1993.

Carlos Francisco Molina del Pozo. Integración Eurolatinoamericana. Edit. Ciudad Argentina. Bs. As., 1996.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

Prof. Dr. José Gaspar Gómez Fleytas (*)

Este título comporta una afirmación implícita. Es decir, afirma que la jurisprudencia es una fuente del Derecho. Esta afirmación obliga a descartar como un a priori metodológico la tesis negativista, es decir aquella que desconoce a la jurisprudencia como fuente y, en especial, como fuente formal. Ello obliga a realizar una serie de distinciones previas a fin de comprender cabalmente el sentido en que se emplean los términos de "derecho", "fuente" y "jurisprudencia".

En cuanto al DERECHO, cabe anotar que no es sinónimo de ley, y mucho menos significa ley escrita, o positiva. Si hay una acepción de la palabra "derecho" que se rechaza, es ésta de derecho-norma. "Derecho", pues, tiene en esta locución el sentido de "comportamiento", de conducta debida ad alterum de conformidad a una medida ordenada por el objeto jurídico o prestación. Lo importante es dejar bien en claro que el Derecho es una conducta objetivada. Es el "Derecho objetivo" o simplemente "Derecho" al comporta-

---

(*) Profesor Titular de D. Romano Fac. de Derecho y C. Sociales (UNA) desde 1955. Profesor de D. Romano y fundador de la Fac de. C. Jurídicas de la Univ. Católica, 1960-1972. Director de la Revisión Curricular en la Fac. de C. Jurídicas (1994/95). Prof. Titular y Emérito D. Romano Fac. de Derecho y C. Sociales, URA-Argentina, 1975 a 1984. Prof. Titular Extraordinario de D. Romano Fac. de C. Jurídicas de la Universidad de "El Salvador" Bs. Aires y Mercedes, Argentina (1980-1987). Prof. Visitante de Georgetown University, Washington D.C. (1962-2004)) con Curso de Post Grado sobre Derecho Público, defendiendo luego su Tesis Doctoral en la UNA el 20-07-62, "Summa Cum Laude sobre el tema: "Historiografía y Análisis de las Ideas Políticas en el Paraguay, y propuesta de Reforma al Sistema Electoral de la Nación".

miento de la alteridad: cuya justeza o justicia se mide, no en atención al otro, o al mismo sujeto, sino a un tercer elemento impersonal que objetiviza la acción y que tradicionalmente se lo ha conocido por "lo suyo", es decir denominado "objeto jurídico" y que constituye toda acción, omisión, dación o prestación en virtud de un justo titulo jurídico que es lo mismo que decir "legítimo".

Es frecuente observar en los escritos de demanda esta confusión sobre el concepto de "legitimación activa", cuando el justo título no está definido en la razón procesal que motiva la demanda.- La "ratio legis" está garantizando la "ratio litis": que da sustento a la "legitimación activa" fuente conductiva del Derecho. Es decir que el Derecho no nace por generación espontánea, sino que observa una causa motriz que le determina en su propio ser jurídico, cuyo derecho es objeto de litigio. A partir de ahí, se puede hablar del comportamiento debido, es decir de conducta jurídica. En este aspecto el Derecho Civil es preciso en su acepción normativa, y no conlleva la ambigüedad del Derecho Penal, que dogmatiza y "robotiza" al propio razonamiento en su fondo y en su forma. Ambos códigos penales son una verdadera rémora estructural. Su revisión es perentoria. Obstruye a la misma Justicia, despojando al juzgador como al especialista en la materia, de la "ratio juris"y de la adecuada "Justicia" en la administración de las penas. Contiene una aritmética irreflexiva, porque instituye un absurdo positivismo en que la Ley es la Ley. Razonamiento jurídico, nada más y nada menos, en que se impide: PENSAR.

Cabe ahora apreciar como segundo valor, el concepto de FUENTE. Aquí se puede considerar a la norma —tanto natural como positiva— como fuente del Derecho. Es decir que, si le consideramos al término una acepción causal, se puede convenir que la normatividad es fuente del Derecho.

Si se otorga una acepción causal, se puede convenir que la normatividad es fuente del Derecho. En cambio, si se le otorga una acepción meta - causal no se podrá aceptar esta conceptualización como fuente del Derecho, porque se está identificando formalmente la causa con el efecto "Esta terrible confusión la he connotado en una causa penal, como defensor técnico, ante un Juzgado de Liquidación y Sentencia, cuando el juzgador ha carecido del discernimiento del hecho juzgado, -como acepción causal- con evidente perjuicio para la parte afectada en el proceso". Aquí se da un hecho procesal, en el cual pueden sucumbir tanto juzgadores como abogados, que confunden lo "injusto con lo justo", porque no distinguen el nivel normativo-genérico del otro concepto, el de "norma-ley".

Me cabe también mencionar un grave equívoco, -proveniente tanto del juzgador como del propio abogado de la matrícula en uno de los autos civiles, en el cual se me confirió el poder pertinente para desbrozar "una grave confusión procesal", en que "un juzgado de primera instancia en lo civil y comercial, el juzgador confunde la participación como "tercero" —nada más y nada menos— reconociéndole su personería al letrado de la matrícula, después de que la S.D. haya quedado firme y ejecutoriada. Este juicio se relaciona a la "privación de eficacia" de unas acciones al portador en que el profesional matriculado es su legítimo poseedor y tenedor. El profesional planteó mal sus derechos, y el magistrado procedió de igual manera, dictando una providencia extemporánea, en una causa conclusa. Esta cuestión me llevó a instaurar una Acción Autónoma de Nulidad, con la consiguiente resolución favorable para mi conferente, tanto en la instancia "inferior", como confirmada luego en la "superior", tras la previa apelación de la contraria.

Estos anecdotarios surgen de dos casos concretos y actuales. El problema que se razona en estos casos concretos, generaría toda una "problemática jurídica", pudiendo darse, tanto en las Salas de Apelación, como en el Colegiado de la misma Corte, -por circunstancias imponderables—. Y si ello se diera, en una cuestión litigiosa como estamos razonando, es evidente que quedará vulnerada la coherencia de la ciencia jurídica, afectando sin duda alguna al "Derecho", a sus "Fuentes" y a la misma "Jurisprudencia." En efecto, si se produjera un hecho de estas características, se estaría quebrantando la esencia de la Justicia, al soslayarse el principio de la acepción causal. Menciono genéricamente estas circunstancias fácticas en el procedimiento, porque en cincuenta años de profesión, llevo una experiencia de mis actuaciones profesionales, tanto en la Argentina como en nuestro país, —todas cuidadosamente registradas— que es para mí un "Digesto Jurídico".

El Derecho debe estar siempre sustentado en sus Fuentes y en su Jurisprudencia, porque la Justicia es muy sensible a los acontecimientos extrajudiciales.

Señalo una expresión —con la cual coincido- del jurista inglés Dennis Lloyd, citado por el profesor José Puig Brutau, que " cuando la Justicia se encuentra " amañada" por factores imponderables se corre el riesgo de dictar órdenes, en lugar de crear e instituir Derecho" ("La Jurisprudencia como Fuente del Derecho", T. I, pág. 46, Editorial Bosch, Barcelona).

Se debe reafirmar pues que la Justicia es la naturaleza propia de toda Nación. Lo que realmente cuesta, es saber administrarla.

Sobre este principio fundamental, y más aún sobre las Acciones Autónomas de Inconstitucionalidad —cuyas características procesales ahora las omito— están contestes juristas de la envergadura de Bidart Campos, Sagüés, Vanossi, Sabsay, Gelsi Bidart, Goldschmidt, Puig Brutau, Rabassa, Carnelutti, Linares Quintana y otros.

Preferimos por lo tanto, retener este concepto de "fuente" para el nivel de lo NORMATIVO-GENERICO, deslindándolo del otro concepto de "NORMA-LEY", y comprender la acepción causal del Derecho, en su misma Fuente.

Sostengo como tesis "que la ley como precepto general es sólo una especie dentro del género de la normatividad, porque existen otros componentes jurídicos y sociales que integran y garantizan la solvencia de la Justicia que se da en el cabal cumplimiento de la Constitución Nacional, garantizada solamente por el Poder Judicial, que en esencia es el Poder de los Poderes. La Constitución Nacional emerge del propio pueblo por medio de sus Constituyentes.

Cabe ahora abarcar la acepción de "jurisprudencia". Este término nos obliga acotar una cuestión etimológica. Iuris Prudentia parece significar: "ciencia o conocimiento del Derecho", según Ulpiano en su conocida definición; pero prudentia no sólo es "conocimiento" sino "sagacidad" o virtud de la elección de los medios adecuados al fin propuesto, en especial aplicable a la comunidad humana, de donde se infiere que "jurisprudencia" puede también significar: la prudencia en la elección de los medios para obtener lo suyo jurídico.

También se lo ha tomado en el sentido de las concordancias en las Resoluciones de los Tribunales, pero no es éste el que nos interesa, no es la concordancia lo que importa sino las Resoluciones mismas. La jurisprudencia a que nos referimos en lo sucesivo, son a las resoluciones judiciales en cuanto tal y no a su número ni a su concordancia; es el ejercicio jurisdiccional lo que importa para precisar a la jurisprudencia como fuente del Derecho en el sentido precedentemente anotado.

Aquí volvemos a la indicación anterior. En toda actividad judicial hay una prudencia jurídica, una sagacidad para la elección de los medios adecuados para que alguien obtenga "lo suyo" jurídico. Todo estamento tribunalicio procede facilitando esos medios a fin de que el Derecho sea la conducta debida que se preste, sea el título jurídico que satisfaga. La tarea entonces, tribu-

nalicia, puede denominarse “jurisprudencia”, en este sentido es el que lo venimos usando y, en especial, esta tarea se queda perfeccionada y termina en las Resoluciones Judiciales posibilitadas y facilitadas por todos los auxiliares de la Justicia. Así, en esta breve exposición, tenemos los tres términos aclarados, faltaría enlazarlos debidamente, habida cuenta que el tema implica la afirmación de que esta actividad es fuente del Derecho.

Para darle un colofón circunstancial, debe emplearse el término “jurisprudencia” con el sentido preciso de “actividad jurisdiccional”, entendido como el ejercicio de la prudencia jurídica por parte de los Tribunales en la consecución de los fines previstos por el Derecho.

Jurisprudencia, en consecuencia, hemos visto que no es una mera definición conceptual, ni románica, ni anglo-sajona, ni germánica, ni es el arte de una retórica jurídica.

La Jurisprudencia configura una actividad eminentemente racional y discursiva y, por tanto, se va fundamentando en diversos argumentos de autoridad, sobre la cual se fundan y se basan las actividades racionales de los Magistrados.

Esta actividad así entendida es fuente del Derecho en el sentido objetivo que hemos expuesto y que se distingue del Derecho en sentido normativo del que evidentemente no es fuente.

La Jurisprudencia requiere una excelente formación profesional del abogado, cuya idoneidad quede garantizada sobre todo cuando éste cumpla su rol de jurista en el eventual ejercicio de la Magistratura.

Esta acepción debe darle al Derecho, en su estructura social, una permanencia de verdadera garantía que, responda tanto al Derecho Natural como al Derecho Positivo, atendiendo que la estructura social está conformada por circunstancias cambiantes de la sociedad y de las cosas humanas. Por ello, la JUSTICIA debe permanecer INDEMNE.

No puede prevalecer la genuina formación jurídica y experiencia sea del abogado o del magistrado, con los perfiles externos de su conducta, cuando el “Derecho”, sus “Fuentes” y la “Jurisprudencia”, confrontan un “micro clima” que contiene una ingravidez de insustentable vacío jurídico.

Cuando se tuerce el sentido de la Ley, originada en el “Derecho”, en sus “Fuentes” y en su “Jurisprudencia” se habrán transgredido los valores del Derecho Natural como del Derecho Positivo, consagrados en la misma Constitución Nacional, y resultarán imprevisibles, las consecuencias de la Nación, por encontrarse inmersa en una insolvencia de garantía jurídica.

La Jurisprudencia, como actividad Judicial, fuente del Derecho, requiere condiciones de ciencia y de conciencia, de saber y de entereza.

El tema expuesto no es materia para principiantes. Pero debe darnos la convicción y la advertencia de que la Jurisprudencia, sin lugar a dudas, está muy cerca del Derecho, porque está próxima a la Justicia.

REGIMEN DEL BIEN DE FAMILIA EN LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

Por Silvia Beatriz López Safi (*)

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto dar a conocer la evolución del instituto del bien de familia en la República del Paraguay desde un aspecto meramente normativo.

La razón obedece a que desde su reconocimiento en la Carta Fundamental y su reglamentación en los Códigos de fondo y forma, así como en Leyes que los modifican, fueron suscitándose cambios en orden a los sujetos intervinientes (beneficiarios, constituyentes y quienes puedan verse afectados en consecuencia), e igualmente en cuanto al objeto de constitución, lo que torna muy interesante el estudio que nos ocupa.

No menos importante es la competencia atribuida a los órganos intervinientes, en el proceso de inscripción de inmuebles cuyos propietarios pueden verse beneficiados con el instituto, y que en la actualidad torna dicho proceso

---

(*) Abogada, Notaria y Escribana Pública. Doctoranda por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla (España). Docente Universitaria en las Cátedras Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Americana, así como en la Cátedra de Derecho Procesal Civil I de la Universidad Americana. Docente de Posgrado en el Diplomado de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Universidad Privada Columbia. Egresada de la Escuela Judicial. Especialista en Didáctica Universitaria y en Metodología de la Investigación Aplicada por el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción. Coordinadora Normativa de la Unidad Central de Inversión Pública (UCIP) del Ministerio de Hacienda.

en un trámite más bien de carácter administrativo, con una salvedad en la que sí debe intervenir la autoridad judicial señalada en la norma, situación que también será objeto de abordaje en esta ponencia.

Expuestos los motivos que nos llevan al subsiguiente análisis, no podemos dejar de mencionar que los caracteres de inembargabilidad de los bienes categorizados como de familia, y la imposibilidad de su ejecución en consecuencia, no puede ser interpretada de manera aislada, sino en concordancia con las normas que reglamentan la disposición contenida en la Constitución Nacional; sostener lo contrario será atentar contra quienes de buena fe contratan con los beneficiarios.

REFORMAS INTRODUCIDAS AL BIEN DE FAMILIA

Con la finalidad de abordar de manera lógica el instituto del bien de familia y su consagración en la legislación paraguaya, desde el punto de vista de su evolución y las modificaciones introducidas en consecuencia, cabe destacar prima facie el rango constitucional que ostenta como institución de interés social en el Artículo 59 de la Carta Fundamental (1), que previene la inembargabilidad de los bienes declarados tales al reunir los recaudos legales necesarios para ello.

La reglamentación de fondo del instituto en estudio la hallamos en el Código Civil Paraguayo y sus reformas posteriores, tales como la Ley No. 1/92 "De Reforma Parcial del Código Civil" y la Ley Nº 2170 de fecha 15 de julio de 2003 "Que introduce Modificaciones en el Régimen de Bien de Familia"; y que serán objeto de abordaje más adelante.

Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho adjetivo o procesal, el bien de familia contemplado en los Artículos 716 y 717 del Código Procesal Civil, fue modificado por Ley Nº 1493 de fecha 28 de junio de 2000, y con la entrada en vigencia de la citada Ley Nº 2170/2003, por el artículo 2º de ésta, las modificaciones establecidas en el artículo 1º no derogan lo estatuido en la Ley Nº 1493/2000.

---

(1) Art. 59 C.N.: "Se reconoce como institución de interés social el bien de familia, cuyo régimen será determinado por la ley. El mismo estará constituido por la vivienda o el fundo familiar, y por sus muebles y elementos de trabajo, los cuales serán inembargables".

En efecto, las primeras modificaciones con relación al Código Civil de 1987, han surgido con la aparición de la Ley Nº 1/92 que a través de los Artículos 95, 96 y 97 estableció los sujetos beneficiarios y constituyentes del instituto; donde cabe destacar que en la mayoría de los casos los mismos se ven beneficiados o pueden instituir el bien de familia a partir de un status adquirido.

Al respecto, el Art. 95 prevé los sujetos beneficiarios – nos referimos a las personas que han contraído matrimonio – (inc. 1º), a las personas unidas de hecho o en concubinato (inc 2º), a los hijos biológicos y adoptivos, menores de edad y los incapaces aunque fuesen mayores (inc. 3º), padres y otros ascendientes mayores de setenta años o si se encuentran en estado de necesidad, cualquiera fuese la edad (inc. 4º), y los hermanos menores o incapaces del o la constituyente (inc. 5º).

En lo que hace a los constituyentes, lo contempla el Art. 96 y puede hacerlo cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su exclusiva propiedad (inc. 1º), los cónyuges de común acuerdo sobre bienes comunes o gananciales (inc. 2º), el padre o la madre judicialmente separados de bienes en beneficio de los hijos de la segunda unión (inc. 3º), el padre o la madre solteros o viudos sobre bienes propios (inc. 4º), y en fin, cualquier persona dentro de los límites en que pueda disponer libremente de sus bienes por testamento o donación (inc. 5).

Finalmente, en lo que respecta a los sujetos, el Art. 97 previene que si el o la constituyente tuviere familia de hecho pública y notoria y no existiere descendencia común, podrá constituir el bien de familia en beneficio exclusivo de su concubino.

Por otra parte, donde encontramos una verdadera reforma es en los artículos 2073 y 2074 de la Ley Nº 2170/2003, en cuanto a la avaluación fiscal del inmueble a ser constituido como bien de familia, y la autoridad interviniente; pues anteriormente la petición debía ser realizada por ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del domicilio del recurrente. Sin embargo, hoy día se constituye en un trámite meramente administrativo – ya no judicial – excepto en el caso en que el solicitante no se halle casado y desee constituir un inmueble de su propiedad como bien de familia, situación que requiere de un trámite previo – judicial – por medio de una información sumaria producida ante el Juez de Paz, el Juez de la Niñez y la Adolescencia o el Juez de Primera Instancia en lo Civil.

En efecto, el Art. 2083 del Código Civil ha sido modificado en lo que respecta al monto requerido para la constitución del inmueble como bien de familia, el que no deberá exceder en su avaluación fiscal el importe de 10.000 (diez mil) jornales mínimos legales establecidos para trabajadores de actividades diversas no especificadas de la capital.

La oponibilidad a terceros requiere la formalización de la constitución, que entrará a operar desde que el inmueble quede inscripto en tal carácter en el Registro de Inmuebles; haciendo la salvedad que tratándose de bienes muebles no se requiere la formalidad del registro.

La inembargabilidad y la imposibilidad de ejecución de los bienes citados en el Artículo 2073 de la mencionada Ley Nº 2170/2004 (2), encuentra excepción en caso de que se reclame el precio de venta de los mismos. En este sentido merece destacar que la inembargabilidad de éstos consagrada en el Art. 59 de la Constitución Nacional no debe ser interpretada a raja tabla, sino en concordancia con el citado Artículo 2073; pensar lo contrario será premiar la mala fe de quienes adquieren dichos bienes con ánimo de lograr un enriquecimiento ilícito a costa de otro.

Habíamos dicho también que una reforma importante se produjo en lo que respecta a las autoridades intervinientes en el proceso de inscripción de los bienes en el carácter supra citado, y al respecto el Art. 2074 de la Ley Nº 2170/2003, si bien es cierto convierte el proceso de inscripción en un trámite más bien de corte administrativo; en el inciso d) requiere la intervención judicial cuando el recurrente es propietario no casado (3).

(2) Art. 2073 – Ley Nº 2170/2003: "Constituyen también bien de familia el lecho del beneficiario, de su mujer e hijos, los muebles de indispensable uso en el hogar, incluyendo cocinas, heladeras, ventiladores, radios, televisores e instrumentos musicales familiares, máquinas de coser y de lavar, y los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza el dueño de tales bienes. Dichos bienes no serán ejecutables ni embargables, salvo que se reclame el precio de venta".

(3) Art. 2074 – Ley Nº 2170/2003: "El que desee constituir un bien de familia sobre un inmueble lo solicitará a la Dirección de Registros Públicos, adjuntando la siguiente documentación: a) título de propiedad o copia facsímil del título de propiedad autenticada por notario público; b) certificado en el que conste la avaluación fiscal del inmueble, expedido por la Dirección del Servicio Nacional de Catastro; c) certificado de matrimonio y, en su caso, certificado de nacimiento de los hijos menores de edad; d) para acreditar la

CONCLUSIONES

De lo expuesto se colige que el instituto del bien de familia tiene como propósito fundamental la protección de aquellos categorizados como tales en función al interés social que ostentan, y en atención a la necesidad de contar con lo mínimo necesario para que una persona pueda desarrollarse y convivir con sus semejantes.

Asimismo, la posibilidad de beneficiarse con su inscripción por parte de propietarios no casados, en lo que respecta a los sujetos capaces de constituirlo.

La inscripción para los inmuebles como un trámite de carácter administrativo, con la salvedad apuntada en el desarrollo de la ponencia para quienes deben producir información sumaria, consideramos se debe a que la mera presentación de los racaudos necesarios para su inscripción, lo que no precisa de un análisis judicial por tratarse de un acto meramente formal; si bien es cierto de trascendencia por las consecuencias que implica, no sólo para los beneficiarios o constituyentes, sino también para los terceros en general.

Finalmente la imposibilidad de su afectación, debe ser analizada por parte de los órganos intervinientes en cada caso en particular, pues tratándose de una medida (por ejemplo cautelar) recaída sobre dichos bienes, es pasible de ser levantada incluso de oficio por parte del Juez competente, excepto si se tratare del precio de venta de ellos.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Nacional de 1992.
Ley Nº 1183/1987 – Código Civil Paraguayo.
Ley Nº 1337/1988 – Código Procesal Civil.
Ley Nº 1/1992 – De Reforma Parcial del Código Civil.
Ley Nº 2170/2003 – Que introduce Modificaciones en el Régimen de Bien de Familia.

---

situación prevista en el Artículo 2073 para propietarios no casados, información sumaria producida ante Juez de Paz, Juez de la Niñez y la Adolescencia o Juez de Primera Instancia en lo Civil, y en su caso, certificado de nacimiento de los hijos menores de edad".

EL BIEN DE FAMILIA COMO INSTITUCION CONSTITUCIONAL (*)

Por Elodia Almirón Prujel (**)

Como rango de principio constitucional, revelador de su importancia, ha sido consagrada la institución social del Bien de Familia, en el Artículo 59 de la Carta Constitucional de 1992, encontrándose ya estipulada en la Constitución de 1967 en su Artículo 82.

El propósito de esta institución es crear un sistema mediante el cual pueda el propietario de un inmueble asegurar la vivienda para él y sus familiares, o asegurarles el sustento a través de los ingresos en ese inmueble.

Todos los habitantes tienen derecho a una vivienda digna por ello el Estado debe implementar las medidas necesarias para que el mismo se haga efectivo.

No es argumento contra esta declaración el hecho de que carezca de una efectividad real –más aun a corto plazo– porque la Constitución también declara derechos que, poco a poco, van constituyéndose en realidades. En una palabra, se considera que ella también existe para que las necesidades vayan convirtiéndose en derechos.

Se sabe que el derecho a la vivienda no se puede disfrutar inmediatamente por todos, porque en nuestros países, que presentan un índice elevado

---

(*) Ponencia presentada en la Quinta Jornada de Derecho Comparado del Mercosur, Asunción, Paraguay, 2004.

(**) 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).

de pobreza, hacerlo exigible de esta manera implicaría una quiebra para el Estado. No obstante, esta declaración sirve como punto de partida para que el Estado se haga responsable de establecer programas participativos a estos fines, y todo ello, con el concurso de las instituciones interesadas, a través de colaboración en propuestas autogestionarias, etc.

Es muy importante establecer que la vivienda única utilizada como fundo familiar es inembargable, y se podría agregar que lo ideal seria la innecesariedad de la registración.

La Institución del Bien de Familia es de gran importancia social, especialmente para beneficiar a las familias humildes o de clase media, que tienen un solo fundo familiar, el cual, constitucionalmente, estaría incluido en el régimen del bien de familia, y no podría ser embargado. Su utilidad es grande si se tiene en cuenta que la mayoría de las personas de recursos escasos o medios no efectúan el trámite que les impone la ley para registrar sus viviendas, porque no están, muchas veces, preparadas para hacerlo, o porque no gozan de asesoramiento jurídico continuo para proteger sus bienes.

La vivienda protegida, lógicamente es la utilizada como fundo familiar, luego ya la ley reglamentaria se encarga de los condicionamientos necesarios para la registración.

Ello, siempre, teniendo en cuenta los principios que deben regir el sistema de vivienda de los países, que tiende a preservar el suelo, la calidad de vida, tener en cuenta las pautas culturales de la población. Asimismo, evitando la especulación y asistiendo a las familias más pobres para que puedan acceder también a una vivienda digna.

El reconocimiento del carácter de interés social del bien de familia, tiene la finalidad de proteger a la familia preservando el espacio natural y vital de convivencia familiar que comprende el inmueble que sirve de asiento a la vivienda familiar y los muebles necesarios para el desarrollo de la vida familiar.

Para emitir un concepto acerca de esta institución, se la puede caracterizar como el conjunto de bienes libre de toda carga, formado por lo general por una casa habitación y una parcela de tierra cultivable, destinado a asegura a una familiar la atención de sus necesidades esenciales. La casa habitación y muebles para asegurar a la familia la vivienda. La parcela cultivable destinada al campesino para subvenir sus necesidades biológicas.

El bien de familia se inserta en la legislación moderna como garantía de estabilidad económica y social para evitar las imprevisiones y el desamparo jurídico del núcleo familiar ante serias contingencias de la vida.

La vivienda constituye una de las necesidades básicas del ser humano encontrándose por ello dentro de los derechos humanos, y éstos a su vez constituyen su fundamentación.

Es de todos conocido que negar virtualidad a este examen se ha convertido en un tópico para un sector de la doctrina, pero con la misma intensidad se ha defendido, por parte de otros, que cualquier intento de aproximación al terreno de los derechos humanos lleva implícito tomar como punto de partida la posibilidad y necesidad de justificar o fundamentar los derechos del hombre, bien que ni absoluta ni definitivamente, pero sí tratando de formular criterios y presupuestos racionales que presten una adecuada atención a la realidad social.

Así, pues, este análisis constituye ya una opción: implica partir de la idea de que renunciar a él supone limitar injustificadamente la perspectiva de acercamiento a los derechos humanos o, en cualquier caso, soslayar una de sus dimensiones constitutivas. Por otro lado, a nadie puede sorprender esta implicación ya que ha sido puesta de relieve por parte de numerosos autores y aparece siempre presente no sólo cuando se habla de los derechos humanos como expresión de necesidades básicas y de éstos como concreción histórica de la idea de justicia en la actualidad sino también cuando se hace referencia a postulados o principios como los de igualdad o libertad en los modelos sociales de nuestro contexto.

Y no es que antes no hubiera necesidades básicas, sino que ha llegado un momento en el que la apelación a las necesidades –a pesar de la crisis del modelo de Estado del Bienestar –constituye un criterio de primer orden en la toma de decisiones políticas, económicas, culturales, ideológicas y desde luego, jurídicas porque, aunque la apelación a las necesidades no presupone el bienestar, contribuye al razonamiento sobre el tipo de título que proveen las necesidades.

Proponer una fundamentación de los derechos humanos a partir de las necesidades básicas exige tener en cuenta una serie de precisiones.

Este planteamiento trata de evitar, en primer lugar, uno de los riesgos que pueden darse en todo intento de fundamentación.

Es necesario proceder a la búsqueda de una justificación de carácter absoluto que pueda atenderse al menos en dos sentidos. Por un lado, la búsqueda de un único factor que tenga una capacidad justificatoria suficiente para explicar los demás factores o realidades y que de algún modo termina por reducir la multiplicidad de lo real a un único elemento del que por derivación puede determinarse y explicarse el resto de las objetivaciones sociales. Por otro lado, la pretensión de que el criterio fundamentador sea definitivamente resolutorio, es decir, que tal fundamento tenga una capacidad de convicción total y, por tanto, sería válido ilimitadamente en el espacio y en el tiempo.

En segundo lugar hay que tener en cuenta que el reconocimiento del carácter plural y multilateral de las objetivaciones sociales implica, en absoluto, rechazar la búsqueda de algún tipo de fundamento. Ahora bien, sería una ingenuidad y desde luego un error tratar de proponer la categoría de necesidades básicas como la tercera vía para salir de la polémica en torno al fundamento de los derechos que han protagonizado y aún protagonizan posiciones iusnaturalistas y positivistas. La teoría de las necesidades no es una solución excluyente de otras hipótesis que puedan contribuir a argumentar consistentemente los derechos humanos. El fracaso de una única teoría para dar cuenta del problema de la fundamentación no prueba el carácter desesperado de dicha empresa. Por el contrario, precisamente el recurso a las necesidades básicas, que no es contradictoria ni excluye la pluralidad de objetivaciones, constituye una razón para continuar en esta tarea, que no por abierta es menos sugerente.

Finalmente, insistir en que uno se encuentra en el nivel de la fundamentación, la justificación o la pregunta por la razón de ser o el sentido de unos derechos que son considerados como imprescindibles y básicos, entre los cuales se encuentra el derecho a una vivienda digna. Es decir, que se distingue entre el concepto y el fundamento de los mismos y que, aun cuando las cuestiones conceptuales sobre los derechos humanos están conectadas muy estrechamente con la justificación de los mismos y en algunos casos resulta difícil su separación, es conveniente separar ambos planos.

Sin embargo, hay que advertir que éste es un problema que aún se encuentra sometido a debate y cuyas consecuencias en el orden práctico son fundamentales.

Entre quienes han tratado de establecer alguna relación entre la noción de necesidades y la de derechos, de forma que aquéllas los fundamenten, sue-

le sostenerse la idea de que introducir el concepto de necesidades humanas referidas a los derechos más importantes o esenciales podría ser muy clarificador.

Una de las cuestiones que permanece abierta es precisamente ésta, ya que el concepto de necesidades dista bastante de ser nítido e indiscutible.

La utilidad del recurso al concepto de necesidades de cara a la fundamentación de los derechos se ha intentado poner de relieve a través de dos vías: según la primera, un derecho tiene lugar a partir de una necesidad básica porque se parte de la existencia de una conexión entre ambos. Este nexo de unión tiene lugar por la vía de los valores. Esto es, las necesidades que son tenidas en cuenta en esta situación son aquellas que van dirigidas a algo que se considera valioso; aquí, las necesidades y los valores son afines y el derecho no se funda directamente en las necesidades, que constituirían un soporte ulterior, sino en el valor al que dan lugar y por lo que existe una necesidad en orden a; y la segunda versión sostiene que entre necesidades y derechos hay una relación mediada por la prueba de una exigencia fuerte (claim), y aquí las necesidades apoyarían, serían argumentos a favor de un tipo de pretensión que en determinados supuestos puede traducirse en un derecho.

La primera perspectiva, sin embargo, ha sido formulada, a su vez, desde dos dimensiones. La primera consistiría en el establecimiento de la relación entre necesidades y valores, y en un segundo momento, entre valores y derechos humanos. La segunda establece la relación entre las necesidades y los denominados derechos morales y éstos como fundamento y base para un análisis conceptual de los derechos humanos.

Así, en este contexto es dable mencionar que también el orden jurídico internacional a través de sus diversos instrumentos, se ha ocupado del bien de familia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus Artículos 17 y 25, ha consagrados las siguientes disposiciones: Art. 17: “Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente”; Art. 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia ... en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

BIEN DE FAMILIA EN ARGENTINA. SUJETOS BENEFICIADOS. EL INTERES SUPERIOR FAMILIAR (*)

Por Adriana María Warde (**) y
Alicia García de Solavagione (***)

I. INTRODUCCION

El Art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural de la sociedad y debe ser protegida, y reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (Art. 17, inc. 2ª).

La familia, entonces, es una institución de base natural protegida por el ordenamiento Internacional de Derechos Humanos. No obstante ello, la familia sufre por estos tiempos serios y peligrosos cambios, originados en constantes y solapados desgastes intra y extrafamiliares.

El crecimiento de las tasas de divorcio, la reducción del contacto entre padres e hijos por la actividad laboral respectiva, el aumento de hogares con solo un progenitor, generalmente la madre y el niño (familias monoparentales) el aumento de la pobreza, la marginalidad y la exclusión; pero esencialmente la existencia de un proceder individualista que persigue la satisfacción

---

(*) Ponencia presentada en la Quinta Jornada de Derecho Comparado del Mercosur, Asunción, Paraguay, 2004.

(**) Docente de la Asignatura "Derecho Civil V – Familia y Sucesiones" – Cátedra A. Facultad de Derecho y C.S. de la Univ. Nac. de Córdoba.

(***) Fiscal Civil, Comercial y Laboral – Poder Judicial Córdoba, Argentina.

de las necesidades personales en detrimento del bien común, han socavado gravemente la institución familiar. Se ha intentado imponer el hedonismo sobre cualquier "inútil" sacrificio personal: se pretende buscar el placer a cualquier costa, aun postergando los de nuestra propia sangre.

Y entre tanto el derecho de familia parecería en franco retroceso al importar principios y normas pertenecientes a otros ámbitos de la realidad. Parecería que el derecho de familia sólo debe actuar cuando hay que terminar de destruir a la familia. Las cuestiones de familia son enfocadas actualmente como problemas "psicosociales" transformando el derecho de familia en una suerte de "sociología familiar" al decir del profesor Lorenzetti ("Teoría General del Derecho de Familia..., en revista del Derecho Privado y Comunitario. Nº 12, Ricardo Luis Lorenzetti, página 9 – Rubinzal – Culzoni").

Como juristas debemos asumir el compromiso radical en jornadas como éstas, de evitar que se cumpla el fatal vaticinio de Bertrand Russell sobre la posible transformación de la Sociedad, mediante la supresión de la familia, advirtiendo que si sobreviene la destrucción de ella no será un motivo de alegría.

Desde esta óptica debieran implementarse y aplicarse en la práctica medidas tuitivas de la integración familiar como el antiguo (pero no menos eficaz) instituto del bien de familia, al que adicionamos la inembargabilidad e inejecutabilidad de la "vivienda única" como normas protectoras del hombre en su comunidad social primaria.

II. CONCEPTO DE FAMILIA

Constituyendo la familia una institución social, se admiten dos definiciones de ella. Una, desde un punto de vista sociológico, ajena a nuestro trabajo, se podría conceptualizar como "todo régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y de la procreación".

La óptica estrictamente jurídica impone centrar el objeto de estudio en el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos emergentes de la unión sexual y de la procreación".

En palabras de Díaz de Guijarro; allí donde no existe el "vínculo jurídico" no existirá tampoco relación jurídica familiar, aunque ello implique una discordancia con el vínculo biológico" (Díaz de Guijarro, Enrique. Tratado de Derecho de Familia, Bs. As., T. I págs. 21 y 25).

En consecuencia, se puede considerar a la familia en un sentido restringido o en otro amplio. En el primero, comprende exclusivamente a los cónyuges, los hijos que conviven con ellos y se encuentran bajo su patria potestad (postura de los Dres. Borda y Belluscio). En tanto dentro de esta misma posición estricta, otra corriente de opinión, en especial la de los Dres. Spota y Fassi, incluye también a los hijos del matrimonio aún cuando se encuentren emancipados y no vivan bajo el mismo techo con sus padres.

En segundo término, se puede definir a la familia en un sentido amplio, comprendiendo a todas las personas entre las cuales existe un vínculo jurídico de parentesco o en virtud del matrimonio.

III. LA FAMILIA PARA LA LEY 14394

En su Art. 36 deja claramente sentada su adhesión a la tesis amplia, expresando. “A los fines de esta ley se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convienen con el constituyente”.

El instituto jurídico bajo análisis requiere la existencia de, al menos, dos sujetos intervinientes para configurar el bien de familia:

1º) El constituyente, instituyente o propietario dominial, que solicita la afectación, o que la determina en sus disposiciones de última voluntad o por actos entre vivos.

2º) Los beneficiarios que son, además del instituyente, aquellos familiares que pueden invocar en su favor los efectos de la afectación. Conforme a los Arts. 36 y 43 deviene necesario que el instituyente designe a tales beneficiarios en el acto constitutivo del bien de familia.

En este orden de ideas, *la ley no permite albergar demasiada perplejidad respecto a lo que interpreta como familia* en virtud de enumerar las personas, además del propietario, que pueden dar lugar a la afectación en razón de su vínculo jurídico con dicho titular dominial, y así convertirse en beneficiarios.

Por razones metodológicas ceñiremos nuestro enfoque en estos últimos en razón de entender que la génesis de la protección estatal de la vivienda digna se encuentra en el interés familiar, principio que emerge de los vínculos

jurídicos existentes entre el titular dominial y los beneficiarios. Asimismo es interesante destacar que no puede considerarse "familia" en los términos del Art. 41 de la Ley 14394 a la individualidad representada por uno solo de sus miembros (ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C. Cap. Federal, 26 de Diciembre de 1967, E.D. 27, Fallo 10.591).

En el actual ordenamiento argentino la dimensión de la familia en la Ley 14394 es más extensa que la del derecho de uso y habitación en cuanto abarca a los colaterales de tercer grado que quedarían excluidos del Art. 2953 C.C. y es menos extensa en cuanto no puede ser invocada por el suegro, la suegra, el yerno y la nuera (parientes por afinidad).

IV. BENEFICIARIOS

A) Matrimonialidad – Extramatrimonialidad

Desde la sanción de esta ley en el año 1954 se consideró que no se debía diferenciar entre vínculos matrimoniales y extramatrimoniales, siendo imprescindible para su calidad de favorecido estar emplazado en un determinado estado de familia en relación al constituyente, como ya lo expresáramos. Sin embargo, la existencia de personas unidas con vínculos matrimoniales y otros mediante vínculos extramatrimoniales al causante de la sucesión, provocó en ciertas ocasiones graves dificultades que debieron ser resueltas judicialmente.

En lo que se consideró fue un verdadero avance para la época, pues aún no existía la Ley 23264, el beneficio del bien de familia pudo extenderse, desde el origen mismo de la ley, a la familia legítima o ilegítima del propietario instituyente. Los criterios que sostenían el alcance exclusivo a la progenie legítima, han perdido definitivamente sustento después de la reforma mencionada.

B) El Cónyuge

Varios fallos de las Cámaras N. Civ., entre ellas la Sala E, de fecha 09/11/1 972 (E.D., 46–365), han determinado que no existe ninguna razón para que solamente sea designado beneficiario del régimen el cónyuge del constituyente.

C) Ascendientes – Descendientes en línea recta

Cualquier familiar de grado más o menos próximo (ascendiente o descendiente) podrá integrarse al grupo protegido, y en cualquiera de las líneas para obtener el carácter de agraciado, con otros miembros de la línea recta de parentesco.

No es necesario que el propietario constituyente siga un determinado orden de prelación, pudiendo, si lo quiere, excluir del beneficio a un hijo y extenderlo a un nieto, lo que si bien luciría inadecuado, es precisamente aquel quien deberá evaluar o ponderar las circunstancias fácticas familiares que son las que le indican a quienes incluir o no.

D) Hijos adoptivos

La ley no efectúa distinción alguna por lo que sostenemos que en razón del principio de equiparación entre las filiaciones habrá que considerar que abarca a los adoptados plenamente como aquellos que lo son en forma simple.

Pero ¿qué sucede con sus descendientes? Con respecto a la prole del hijo adoptado plenamente, no cabe duda que son beneficiarios, pues existe el vínculo jurídico familiar entre ellos en la filiación adoptiva plena.

Ahora bien, el conflicto se plantea con la descendencia del simplemente adoptado, pues solo establece vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, por lo que se podría inferir rudimentariamente que sus descendientes no son alcanzados.

Entendemos que no es así, sino que deben considerarse comprendidos los descendientes del hijo adoptivo ya sea por adopción plena o simple. En este supuesto es necesario diferenciar los efectos de la adopción simple respecto de la familia del adoptante, que no queda unida por vínculos familiares con el adoptado; de la relación que emerge entre el adoptante y la descendencia del adoptado toda vez que el vínculo existente entre adoptante y adoptado por adopción simple es similar al de padre e hijo biológico, de manera tal que los descendientes del hijo adoptivo también lo son del adoptante (confiriéndoles incluso derechos hereditarios a tenor del Art. 334 de la Ley 24779).

E) Parientes colaterales

Sólo ante la inexistencia de cónyuge, ascendientes o descendientes, sean éstos biológicos o adoptivos, podrán computarse a los colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que conviven con el constituyente. Es decir que los parientes colaterales que podrán ser incluidos son: los hermanos, los tíos y sobrinos no pudiendo avanzar más allá en el parentesco consanguíneo.

En este supuesto la ley exige como condición esencial la convivencia de tales colaterales con el constituyente. Este requisito no lo exige en los otros casos, debiendo recordarse que los herederos colaterales no son herederos forzosos a diferencia de los restantes beneficiarios por lo que resulta razonable que aquellos formen parte del beneficio "en defecto" de los otros familiares.

F) Descendencia del propietario y no del cónyuge

A nuestro entender la norma debe interpretarse en sentido favorable a la integración familiar, por lo que debe abarcar tanto a los descendientes comunes como aquellos que lo son del propietario y no de su cónyuge, por ser extramatrimoniales o de una unión previa.

Ello en razón de la necesaria hermenéutica analógica efectuada en el párrafo del Art. 36 que expresa: "la familia constituida por el propietario... o ascendientes e hijos adoptivos". Lógicamente, en el primer caso (ascendientes) no pueden ser comunes a ambos cónyuges, y en el segundo (adopción), podrán serlo tanto de uno como de otro sin ser necesariamente comunes.

G) Descendientes del cónyuge pero no del propietario

Para Guastavino no se encuentran alcanzados los parientes del cónyuge al interpretar que sólo pueden ser beneficiarios aquellos que están vinculados con el propietario por "lazos matrimoniales o extramatrimoniales".

No coincidimos con tan prestigiosa opinión, pues no responde a la amplitud con que deben ser interpretadas las normas tutelares de familia. En esta línea de pensamiento, Bossert efectúa otro análisis al exponer que la norma al emplear el posesivo "sus" para referirse a los diversos parientes, estaría admitiendo que los que sean tanto del propietario como de su cónyuge, que son mencionados previamente.

No cabe efectuar otra interpretación a la luz de las nuevas corrientes doctrinarias tendientes a ensamblar las familias de ambos cónyuges para formar un núcleo verdaderamente integrado.

H) Matrimonio nulo

El propietario no estará facultado para solicitar la afectación al régimen del bien de familia invocando el vínculo conyugal una vez anulado el matrimonio, habiendo perdido ambos cónyuges el carácter de tal. En este supuesto se deberá analizar la buena o mala fe de los mismos, a fin de atribuirle efectos a la constitución del bien hasta la nulidad del matrimonio.

Hemos dejado las uniones de hecho para el final pues merece un tratamiento especial al no encuadrar en las prescripciones del Art. 36.

Concubinato

La unión de hecho o concubinato en Argentina, no crea un vínculo familiar, por lo tanto no lo alcanza el beneficio del bien de familia, por más apariencia de estado matrimonial que esta situación cree.

Ello, no obstante la presencia de una concubina en tanto haya otros parientes mencionados en el Art. 36, no crea impedimento alguno para la afectación. En opinión de Guastavino, el propietario célibe no puede invocar la existencia de una relación concubinaria para justificar la observancia del Art. 36, pues las ventajas que la ley otorga no pueden corresponder a quienes libremente han creado una relación intersexual y moral de hecho que “si no es en sí misma ilícita, es inconveniente para la sociedad, para la descendencia posible de la unión y hasta para los propios concubinos”. “Alteraría la organización social”... “la ley obligaría a continuar esa relación extralegal al imponerle a los concubinos, el deber de seguir habitando en la finca”. “La relación concubinaria existe por la voluntad de las partes y subsiste por esa misma voluntad” (obra citada, págs. 163–164).

Este criterio extremadamente duro respecto a la persona del concubino/a, no se compadece con la protección otorgada a los descendientes extramatrimoniales. Pero Guastavino lo justifica considerando que los beneficios del bien de familia concedidos a los descendientes o colaterales extramatrimoniales “no se otorgan en mérito al valor o disvalor social de la generación extramatrimonial, sino en amparo directo y concreto de los involuntariamente emplazados en esos estados jurídicos”. “Desde el punto de vista de las

políticas legislativas, la solución se justifica porque distingue entre quienes son irresponsables y quienes son responsables de ese emplazamiento extra-matrimonial" (obra citada, pág. 165).

NUESTRA POSICION

La convivencia *more uxorio* de dos personas en el ámbito privado (si bien es cierto se ha generalizado y por lo tanto debe moralmente contemplarse), cae en el ámbito de la esfera íntima de los individuos a quienes no se puede obligar a contraer nupcias si no lo desean, pero no es menos cierto que desde la sanción de la ley de matrimonio civil que habilita el divorcio vincular en nuestro país (Ley 23515 de 1987), no existe impedimento legal para casarse en sucesivo matrimonio.

El matrimonio es una institución legal que apunta a la organización social, con requisitos e impedimentos que el legislador ha juzgado razonables para el funcionamiento de la comunidad. No es imprescindible para que los sujetos se vinculen afectivamente, pero nuestro sistema jurídico lo considera positivo y lo incentiva legalmente dándole una serie de beneficios, por lo tanto pertenece a la esfera social. Para acceder a esas "gracias" o "favores" estatales el individuo debe cumplir con los requisitos que establece la ley.

Lorenzetti, en una metáfora prodigiosa, grafica la situación exponiendo: "Un hincha de fútbol que tiene igual rebaja en las entradas a un partido si es socio o si no lo es, tenderá a no afiliarse, puesto que el afiliarse tiene además algunas cargas y obligaciones. En relación a la familia, es claro que cuando una persona tiene los mismos derechos si pertenece a una familia o no, tendrá pocos incentivos para formarla". Lo que a nuestro juicio sellaría la suerte de la cuestión (en mérito a lo que expondremos en un acápite posterior respecto al interés familiar) es lo siguiente: "Cuando las normas jurídicas que otorgan beneficios de distinto tipo, como la seguridad social, laboral, acción por daños, acceso a la vivienda, derecho al nombre no contienen como condición la pertenencia al grupo familiar, se está abriendo el grupo para favorecer la entrada y salida de individuos (Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 41).

En otros términos, el incentivo que constituye la formación del bien de familia debe interpretarse "favor matrimonii", no alcanzando a las uniones de hecho por inexistencia de vínculo jurídico matrimonial.

IV. PROYECTO DE LEGE FERENDA

En el Proyecto de Código Civil de la República Argentina presentado el 18 de diciembre de 1998, se contempla puntualmente la cuestión de la vivienda.

En efecto, en el título III denominado "Del Patrimonio", en su capítulo tercero se menciona la vivienda en los Arts. 233 al 246, reemplazando así al régimen de bien de familia de la Ley 14394. Una de las innovaciones propuestas es que se considera al instituyente o constituyente como un beneficiario más; por lo tanto, si careciere de otros individuos en estado de familia (por fallecimiento, abandono, etc.), el propietario puede afectar el inmueble como bien de familia. Así el Art. 236 reza: "Son beneficiarios de la afectación, el propietario constituyente, su cónyuge, etc.", incorporando indubitablemente a la persona sola.

En los fundamentos del proyecto, la ilustre comisión designada para tal cometido expresa: "El avance sobre las reglas del bien de familia es notable, en tanto autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, con lo que se pretende atender a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar" (Antecedentes parlamentarios – Año 1999 – nº 7– pág. 21 – Ed. La Ley).

Sin embargo, la particularidad más trascendente en el tema que nos ocupa es la contemplada en el Art. 238 del mencionado plexo normativo, cual es la "subrogación real". Se establece que "la afectación se trasmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización".

Por lo tanto, entendemos que en caso de sustituirse un bien por otro, los efectos frente a terceros a los fines de la debida publicidad deberán producirse de modo sucesivo, de tal guisa que la vivienda afectada no quede sin la protección que le acuerda la ley durante el interregno administrativo de la inscripción registral (similar al tracto continuo).

En los fundamentos, los miembros de la comisión manifiestan: "Se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en algunos innovadores pronunciados judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la tutela, así como extender la protección a la indem-

nización que provenga del seguro o de la expropiación" (Antecedentes Parlamentarios –Año 1999 – Nº 7, pág. 22. Ed. La Ley).

V. EL INTERES SUPERIOR FAMILIAR

El Estado garantiza al hombre constitucionalmente la vivienda digna, donde albergar su núcleo social primario para proyectar su futuro (Art. 14 bis de la Constitución Nacional).

El instituto bajo examen tiene su razón de ser en la Protección del Interés Familiar, al substraer un inmueble de la acción persecutoria de los acreedores, evitando su enajenabilidad. Es aquí donde se debe hacer pie: la interpretación de la esencia misma de la norma.

El interés familiar es distinto al interés particular de los integrantes de la comunidad familiar, por ser superior debe prevalecer en el caso de una oposición o colisión y es permanente, por lo que ha de ser protegido mediante la atribución de orden público a las normas que lo tutelan.

Sin embargo, no es independiente del interés de los individuos, sino deben coexistir. Para Cicu la voluntad familiar existe en los sujetos conjuntamente con la libre voluntad individual y ambas están vinculadas a un fin: la satisfacción del interés familiar (voluntad familiar) que se materializa en los llamados poderes o prerrogativas jurídicas del derecho de familia.

En este orden de ideas el interés familiar debe presidir la aplicación de la Ley 14394 por sobre la conveniencia particular de alguno de los progenitores o de los descendientes. Este principio jurídico ha sido consagrado expresamente en los Art. 34 a 50 de la normativa, en especial:

a) Como justificación de la constitución de gravámenes se alude a la causa grave o manifiesta utilidad para la familia (Art. 37).

b) Se permite el embargo de los frutos que produzca el bien de familia en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia (Art. 39).

c) En algunas causales de desafectación se condiciona la caducidad del régimen a lo que sea más conveniente o menos comprometedor del interés familiar (Art. 49, incisos a y b).

En conclusión, el interés familiar se puede concebir como un "estándar jurídico" o como una medida media de conducta social correcta y viene a solucionar ante casos concretos la disociación que existe entre la norma jurídica abstracta y su realización en la práctica, tal como lo hacen otros estándares como "usos y costumbres", "derechos adquiridos", "Buena fe", "interés superior del niño", etc., los cuales permiten equilibrar los intereses en juego con el interés común. En palabras de Bossert y Zannoni: "El interés familiar tiene un doble objetivo: por un lado el económico, que apunta a conservar intangible una parte del patrimonio familiar, y por otro el social con el que se pretende el mantenimiento de la familia bajo un mismo techo (Bossert, Gustavo A.; Zannoni, Eduardo: "Régimen legal de Filiación y Patria Potestad", pág. 306. Ed. Astrea).

Bibliografía Consultada

Belluscio, Augusto C.: "Derecho de Familia". Ed. Depalma, 1974.

Bossert, Gustavo A. – Zannoni, Eduardo: "Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad". Ed. Astrea.

Corfiati, Rubén Osvaldo: "Bien de Familia. Comentario a La Ley 14394". Ed. Némesis, Año 2000.

Guastavino, Elías P.: "Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia". Ed. Rubinzal Culzoni. Ed. Actualizada. Tomo I. 1984; Tomo II 1985.

Lorenzetti, Ricardo Luis: "Teoría General del Derecho de Familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales". Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 12: "Derecho de Familia Patrimonial". Ed. Rubinzal Culzoni – 1996.

VIVIENDA PROTEGIDA (*)

Por Norma H. Juanes y María Cristina Plovanich (**)

PROPUESTA

1. Se propone adoptar la expresión "*Vivienda protegida*" en lugar de "Bien de Familia".

2. La afectación al régimen de vivienda protegida no debe estar condicionada a la existencia de una familia conviviente.

3. En la hipótesis de que el constituyente sea una persona física sola, el beneficio concluye cuando el único constituyente y beneficiario deja de habitar el inmueble afectado al régimen de vivienda protegida.

FUNDAMENTACION

1. Se propone adoptar la expresión "Vivienda protegida" en lugar de "Bien de Familia".

De acuerdo con el contenido integral de esta comunicación, que propicia extender los beneficios de la protección de la vivienda a todas las personas, independientemente de que compartan o no su vida con una familia, se estima conveniente adoptar la expresión "Vivienda protegida" para sustituir la de "Bien de familia", que hoy aparece como demasiado restringida atento a la tutela que esta figura comporta.

(*) Ponencia presentada en la Quinta Jornada de Derecho Comparado del Mercosur, Asunción, Paraguay, 2004.

(**) Profesoras de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

La locución propuesta está más próxima a la denominación vigente en el sistema del Common Law, y que la legislación de Puerto Rico designa como "Hogar seguro". Entendemos apropiada esta forma de nominar la institución, por cuanto es más representativa de su finalidad e identifica de modo claro el valor humanitario y social de la figura, cuyo propósito es asegurar el sosiego espiritual que proporciona la disponibilidad de una vivienda a toda persona, mediante la garantía de que ese derecho no se verá malogrado, mientras se reúnan las condiciones legales exigidas.

El "Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio" de 1998 regula el tema en el Libro II. El Titulo III tiene tres capítulos, el primero trata del "Activo del patrimonio"; el segundo de la "Función de garantía" que tiene el patrimonio, y el tercero de la "Vivienda", y de las condiciones para que pueda ser protegida de la agresión de los acreedores. La lectura de la normativa proyectada en este tema pone de manifiesto la finalidad tuitiva del instituto de afectación del inmueble destinado a vivienda (Arts. 233 a 246).

2. La afectación al régimen de "Vivienda protegida" no debe estar condicionada a la existencia de una familia conviviente.

Entendemos que la realidad de la hora impone esta solución. Cada vez es mayor la cantidad de personas que viven solas. Diferentes circunstancias, que no cabe analizar en esta oportunidad, llevan a que muchos individuos no convivan con una familia, sin desconocer que ello obedece, en algunos casos, a la decisión radical de las personas de no constituir familia.

Del mismo modo, hay que admitir como otra característica de la sociedad actual, que los cambios acelerados en todos los campos del quehacer humano se han proyectado en la concepción de las instituciones. Entre ellas, la familia ha experimentado cambios fundamentales en su configuración, que han conducido en los últimos años a la existencia de familias monoparentales, ensambladas, y otras formas, que eran impensables apenas unas décadas atrás.

El Derecho, como instrumento al servicio del hombre, no puede ignorar estos cambios sino que debe aceptar los nuevos paradigmas y adaptarse a ellos. Y así, entre otros, debería garantizar a todos los miembros de la comunidad la protección del inmueble en que esté su vivienda, sin discriminaciones que ignoran la evolución del modo de ser de la sociedad contemporánea.

En esta línea de pensamiento, cabe recordar la supremacía de los principios constitucionales que imponen garantizar el derecho "a la vivienda", como un derecho fundamental de todo hombre, cualquiera sea su condición o estado.

3. En la hipótesis de que el constituyente sea una persona física sola, el beneficio concluye cuando el único constituyente y beneficiario deja de habitar el inmueble afectado al régimen de vivienda protegida

Por tratarse de una restricción al principio de que el patrimonio constituye la prenda común de los acreedores, el régimen que habilite la facultad de proteger la vivienda debe ser riguroso. La teleología de la institución de la "Vivienda protegida" no admite la creación de situaciones jurídicas ficticias, que puedan amparar habitadores que no acrediten vínculos parentales con el constituyente, que justifiquen la extensión y consolidación de un beneficio que tiene carácter alimentario. De lo contrario podría desvirtuarse su finalidad y dar lugar a conductas que atenten contra legítimos derechos de terceros interesados.

EL BIEN DE FAMILIA Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE (*)

Por Arnaldo Samuel Aguirre (**)

Para un análisis adecuado de la protección jurídica de los niños y adolescentes, destaco las normas de orden jerárquico que son tuitivas en esta materia del derecho positivo nacional.

Constitución Nacional

Art.53: Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad".

Art. 54: "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... Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

El Art. 59: "Se reconoce como institución de interés social el bien de familia, cuyo régimen será determinado por la ley. El mismo estará constituido por la vivienda o el fundo familiar, y por sus muebles y elementos de trabajo; los cuales serán inembargables".

Convención sobre los Derechos del Niño, Ley Nº 57/90

Art. 3º, numeral 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, tenien-

(*) Ponencia presentada en la Quinta Jornada de Derecho Comparado del Mercosur, Asunción, Paraguay, 2004.

do en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas

Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 1680/01

Art. 3º: Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías.–

Código Civil Paraguayo y sus modificaciones

Libro IV, Título IV Arts. del 2072 al 2082; Ley Nº 1/92, Arts. 95 y 96; y la Ley 2170/03

Cosas que pueden ser objeto del bien de familia y destino.

El Art. 59 de la C.N. establece que pueden ser afectados por el régimen del Bien de Familia los inmuebles y los muebles. En materia de inmueble tanto urbano como rural, la propiedad debe ser aplicada a la vivienda exclusiva de los beneficiados, con lo que no es posible destinar a la explotación comercial, industrial y agropecuaria para la subsistencia de éstos. En materia de muebles, luce la Ley 2170/03, que modifica el Art. 2073 del C.C. en el que se estatuye cuanto sigue: "Constituyen también bien de familia, el lecho del beneficiario, de su mujer e hijos, los muebles de indispensable uso del hogar incluyendo cocinas, heladeras, radios, televisores e instrumentos musicales familiares, máquina de coser y de lavar y los instrumentos necesarios para la profesión, arte, u oficio que ejerza el dueño de tales bienes. Dichos bienes no serán ejecutables ni embargables, salvo que se reclame el precio de venta". Casi en el mismo tenor regla la Ley 1493/00 que modifica los Arts. 530, 716 y 717 del C.P.C. en materia de bienes muebles.

El inmueble. Objeto de constitución de bien de familia, valor, y formalidad registral

El penúltimo párrafo del Art. 2072 del C.C. estatuye cuanto sigue: "Nadie podrá constituir más de una propiedad urbana o rural como bien de familia". La Ley 2170/03 eleva el valor del inmueble a 10.000 jornales mínimos legales establecidos para trabajadores de actividades diversas no especificadas de la Capital. Esta misma ley introduce un novedoso procedimiento para

constituir el inmueble en un bien de familia ante la Dirección General de los Registros Públicos, con lo que se evita el engorroso proceso judicial anterior.

Igualdad de los hijos ante la ley y bien de familia.

Todos los hijos son iguales ante la ley reza el Art. 53 de la C.N. Siendo así como es, afectar un solo inmueble al bien de familia nos conduce, en algunos casos indefectiblemente a una discriminación que contradice la norma constitucional. En efecto, hemos constatado en la experiencia tribunalicia, que frecuentemente el progenitor tiene más de un núcleo familiar, entendiéndose esta situación al hecho de haber procreado hijos de distintas madres. Por el Art. 95 de la Ley 1/92 que reforma parcialmente el Código Civil, pueden beneficiarse con esta institución los hijos biológicos y adoptivos menores de edad. Conforme a la norma de referencia, el constituyente podrá destinar solo un inmueble para vivienda a favor de los hijos de un núcleo familiar conviviente, dejando sin este beneficio social a los otros no convivientes, produciéndose un desequilibrio que infringe con notoriedad el principio de igualdad consagrado por la C.N. En efecto, si puede destinar un solo inmueble de su propiedad para la vivienda de los hijos de un núcleo familiar, va implícita la prohibición o restricción de afectar otro inmueble de su propiedad a favor de hijos que conforman distinto núcleo no conviviente.

¿*Cómo podría salvarse esta cuestión que nos impone el hecho de la existencia de más de un núcleo y el inmueble, objeto bien de familia*? La ley no prevé el caso que estamos planteando. De *lege ferenda,* entiendo que al elevarse la evaluación fiscal del importe del inmueble a 10.000 jornales mínimos legales, sería factible destinar más inmuebles que en conjunto no exceda el monto establecido, o también aumentar el monto de esa evaluación fiscal distribuyéndolo entre los inmuebles a ser destinados para bien de familia a favor de niños o adolescentes. Fluye este razonamiento, por aplicación del Art. 53 de la Constitución, las normas pertinentes sobre la Convención de los Derechos del Niño y el C.N. y A. vigente. Los progenitores deben asistencia integral a sus hijos niños y adolescentes.

Ese deber de la alimentación incluye obligatoriamente el proveer vivienda a los hijos, para la subsistencia. Se trata de un medio ordinario que comprende la satisfacción de una necesidad perentoria de los alimentados, niños y adolescentes. La conformación de dos o más núcleos familiares del progenitor o progenitora no le exime de incluir en su asistencia alimentaria la habitación de los hijos no convenientes; que siempre lo deseable es que se provea in natura para seguridad de la familia. Acrisolada esta premisa, nos

encontramos ante una evidente injusticia, pues, el padre o la madre pueden constituir bien de familia sobre un inmueble, para hijos, niños y adolescentes, de un núcleo familiar, sin que igual protección alcance para otros hijos de que simultáneamente requieren la asistencia alimentaria de los progenitores.

Concluyendo este punto, evidencia una pronta revisión legislativa para adecuarse al principio enunciado en la C.N. respecto a la igualdad de los hijos, que contemple de manera justa e igualitaria la protección de niños y adolescentes que son hermanos unilaterales no convenientes.

La familia sustituta y el bien de familia

El título segundo del C.N y A. introduce las instituciones de familia sustituta. El Art. 103 de dicho cuerpo legal regula que el niño o adolescente, privado de su núcleo familiar por orden judicial, podrá ser acogido por una familia temporalmente, mediante la guarda, la tutela o definitivamente por la adopción. La familia o persona que acoja al niño o adolescente quedará obligada a alimentarlo, educarlo, cuidarlo y protegerlo, en la misma medida que corresponde a la misma, como núcleo familiar.

La adopción es una institución de familia suficientemente normado en nuestro derecho positivo. Lo novedoso que nos trae el C.N. y A., son estas dos instituciones: la guarda y la tutela, como sustitutiva de la familia. Quienes reciban al niño o adolescente en una de estas formas, tienen el deber legal de asistirle integralmente, en la inteligencia que estos institutos son de carácter temporal, como muy bien enuncia el mencionado Art. 103.

Al tutor, además de representar en la vida jurídica a los niños y adolescentes, y administrar sus bienes, alimentar y educarlo, tal cual normaba el C.M., el nuevo cuerpo normativo impone el deber de tratarle como si fuera un hijo, según el Art. 114. Igual obligación se impone a la familia o la persona que acoge al niño o adolescente en guarda, según hemos señalado.

La nueva perspectiva que nos ofrecen estas dos instituciones tiene consecuencia de gran importancia sobre el inmueble objeto del bien de familia. Si el guardador o el tutor tiene el deber legal de dar trato y protección como un hijo al niño adolescente que está bajo su cuidado, me parece lógico que también éstos puedan constituir bien de familia para los mismos, ya que dentro de la obligación alimentaria se contempla el rubro de la vivienda. De *lege ferenda* es oportuno recomendar introducir entre los instituyentes a los tutores y guardadores, calidad que deberán acreditar ante la Dirección de los Re-

gistros Públicos, y de esta manera gozar del privilegio de la inembargabilidad del inmueble.

Los ascendientes del niño o adolescente y la constitución del bien de familia

El Art. 4º del Código de la Niñez y Adolescencia trae cuanto sigue: Los padres biológicos y adoptivos, o quienes tengan niños o adolescentes a su guarda o custodia y las demás personas mencionadas en el Art. 258 del C.C. tienen la obligación de garantizar al niño y adolescente su desarrollo armónico e integral". El referido Art. 258 establece un orden de prelación respecto a las personas que están obligadas a la prestación alimentaria. El inc. "c" de esta norma determina como obligados a la prestación alimentaria los abuelos y en su defecto los ascendientes más próximos. Nos preguntamos si los ascendientes que están prestando alimentación a sus nietos u otros descendientes están facultados a constituir un inmueble como bien de familia. Los Arts. 95 y 96 de la Ley Nº 1/92 omite esta situación, aunque sí dispone que cualquier persona dentro de los límites en que pueda disponer libremente de sus bienes por testamento o donación pueden hacerlo. Sin embargo, la dificultad estriba en que la legítima entra a funcionar postmortem, razón que le hace impracticable. Ante esta dificultad, si el ascendiente presta alimentación a su descendiente, nos parece justo que entre los instituyentes del bien de familia se incluya a los ascendientes del niño o adolescente que le prestan alimentos.

La inembargabilidad del inmueble, bien de familia y los impuestos inmobiliarios y tasas

El Art. 2076 del C.C. dice: "El inmueble registrado como bien de familia no podrá ser enajenado, ni objeto de embargo ni ejecución por deudas del propietario posteriores a la constitución del mismo, salvo en los casos siguientes a)... b) cuando se adeudare impuestos y tasas del inmueble; y c)".

Hemos dicho que la vivienda del niño o adolescente integra el deber alimentario. La embargabilidad en concepto de impuesto inmobiliario o tasas municipales sobre un inmueble, bien de familia, nos impone un análisis para establecer su congruencia con las normas que protegen a los niños y adolescentes. Prima facie me parece que esta disposición del Código Civil requiere una urgente revisión.

En lo que respecta al impuesto inmobiliario, puntualizo que en el libro segundo del C.N. y A se organiza un sistema de protección y promoción de

los derechos del niño. El sistema regula e integra los programas y las acciones a nivel Nacional, Departamental y Municipal. Crea la Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia, el Consejo Nacional, Consejos Departamentales, Consejo Municipal y las Consejerías Municipales de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo las atribuciones que les competen. Resaltamos que el sistema no es una simple declaración de propósito, sino real vigencia para proteger la niñez. En ilación de este sistema con el Art. 169 de la C. N. que dice: "Corresponderá a las Municipalidades y a los Departamentos la totalidad de los tributos que graven la propiedad inmueble en forma directa. Su recaudación será competencia de las Municipalidades. El 75 % de lo recaudado por cada Municipalidad quedará en propiedad de la misma, el quince por ciento en la del Departamento respectivo y el 15 % restante será distribuido entre las Municipalidades de menores recursos, de acuerdo a la ley", nos conduce indefectiblemente a esta conclusión. Constituido el bien de familia sobre un inmueble para vivienda del niño o adolescente, la inembargabilidad también debe comprender por deudas del impuesto inmobiliario. De qué valdría todo un sistema de protección, si los municipios se hallan facultados a reclamar vía judicial el pago por deuda de tributo al inmueble, objeto del bien de familia, destinado a vivienda del niño o adolescente, y en caso de no abonarse el monto reclamado proceder al embargo y ejecución del referido inmueble, privándose de la vivienda a estos sujetos de protección especial. El conflicto entre el derecho del municipio y de los departamentos a embargar y ejecutar inmuebles, objeto de bien de familia, por deuda de impuesto inmobiliario y los derechos del niño, la prevalencia se inclina a favor de estos últimos, Art. 54 C.N. Sustentamos idéntico criterio con respecto a las tasas. Si éstas afectan al inmueble, objeto de bien de familia, tampoco podrían ser embargado, ya que constituye vivienda del niño o adolescente, y sus derechos deben ser protegido ante cualquier conflicto con el Estado, Departamento o Municipio. El sistema diseñado por la ley es un todo estructural que no debe escindirse bajo ninguna circunstancia. Bien lo dice el Art. 54 de la C.N.: "que la familia, la sociedad y el Estado (en ese orden), tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral así como el ejercicio pleno de sus derechos".

Ponencias

1. Que pueden ser objeto de bien de familia más de un inmueble, ante el hecho de que los progenitores del niño o adolescente tengan más de un núcleo familiar, estableciendo el mecanismo para su factibilidad.

2. Incluir entre los constituyentes del bien de familia, a los ascendientes, tutores y guardadores de los niños y adolescentes.

3. La inembargabilidad, y en consecuencia, la prohibición de llevar a ejecución el inmueble o inmuebles, objeto de bien de familia por deudas del impuesto inmobiliario y tasas municipales que graven la propiedad.

JORNADAS DEL CENTRO DE DERECHO COMPARADO EN EL MERCOSUR (*)

Por Arturo Yglesias (*)

La vivienda de interés social, cuando se adjudica en régimen de propiedad a los titulares beneficiarios, lleva a modificar las reglas del derecho de propiedad tal como lo consagran los códigos civiles, estableciendo limitaciones a los poderes de disposición y de afectación con derechos reales, su inembargabilidad, etc.

En nuestro país la solución habitual en los programas de vivienda de este tipo ha sido recurrir a la propiedad común, u horizontal, con algunas de aquellas limitaciones sin alterar en lo demás el régimen del Código Civil.

Los llamados Asentamientos Irregulares plantean una situación más compleja que la generalidad de los conjuntos de vivienda.

En nuestro país se discutió mucho sobre la conveniencia o no de integrar dichos asentamientos adjudicando a los ocupantes la propiedad de sus lotes o por el contrario mantenerlos solo en calidad de ocupantes precarios hasta poder resolver su problema habitacional de otra forma y se han ejecutado programas que recurren a una u otra solución.

La adjudicación en propiedad, por lo que resulta de los estudios realizados sobre la población de dichos asentamientos, hace necesario idear modificaciones más profundas al régimen de propiedad propuesto por el Código Civil que aquellas señaladas anteriormente.

(*) Ponencia presentada en la Quinta Jornada de Derecho Comparado del Mercosur, Asunción, Paraguay, 2004.

(**) (Uruguay)

El régimen de bien de familia, previsto por la ley para su constitución voluntaria parece una buena opción para regular estas situaciones, en tanto se le practiquen las modificaciones necesarias para hacerlo viable en la situación fáctica que presentan los asentamientos irregulares.

En razón de estos motivos hemos elaborado un proyecto de régimen de propiedad, a instancias del Poder Ejecutivo y a efectos de cumplir un programa de integración de asentamientos irregulares que se está cumpliendo con apoyo financiero del BID; en dicho proyecto recurrimos al régimen de bien de familia de constitución preceptiva con reglas especiales respecto de la transmisión por sucesión, el régimen de bienes matrimoniales, la titularidad, la prescripción adquisitiva, etc., a fin de contemplar la realidad a la que va dirigido.

Hoy presentamos a ustedes, junto a esta ponencia, el texto del proyecto (actualmente en el Parlamento) con las modificaciones sugeridas en la Comisión de Viviendas de la Cámara de Diputados y el texto de la exposición de motivos con la que acompañamos el proyecto original.

Se trata de otro escenario para el bien de familia, diferente de aquel para el que fue en principio creado y por ello es que requiere las modificaciones que le hemos introducido.

En los estudios de Derecho Civil, no es común que se trate de la situación de los individuos y familias en marginalidad, hoy sin embargo la magnitud que este fenómeno ha adquirido y la difícil situación en que se encuentran muchas de esas personas, entre las que se cuenta un alto porcentaje de menores, nos demandan a los civilistas (como a todos) que nos ocupemos de ello.

LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA EN LA PREPARACION DE LA ACCION EJECUTIVA Y SU PERSPECTIVA

Por Alexis M. Vallejos Mendoza (*)

Sumario: 1. Introducción. 2. Caducidad. 2.1. Concepto. 2.1.1. Definición. 2.2. Supuestos de Aplicación de la Caducidad en el Código Procesal Civil de la República del Paraguay (Ley 1337/88). 3. Caducidad de la Instancia. 3.1. Concepto. 3.2. Fundamento. 3.3. La Caducidad de la Instancia y su Regulación en el Código Procesal Civil del Paraguay (Ley N° 1337/88). 3.3.1. Principio General. 3.3.2. Instancia. 3.3.3. Juicio y litigio. 3.3.4. Síntesis. 3.3.5. Aplicación del artículo 172 del Código Procesal Civil en la Preparación de la Acción Ejecutiva. 3.3.5.1. Casuística Jurisprudencial. 3.3.6. Caducidad de la Instancia en la Preparación de la Acción Ejecutiva y Caducidad de las Medidas Preparatorias. 3.3.7. Caducidad de Oficio y Declaración de la Caducidad de la Instancia en la Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo. 4. La Caducidad de la Instancia y el Anteproyecto Código Procesal General de la República del Paraguay. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCION

La declaración de la caducidad de la instancia en la preparación de la acción ejecutiva es discutida tanto por los intérpretes y aplicadores de la ley procesal.

*) Abogado. Promoción 2003, Alumno Distinguido, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA. Auxiliar de la Enseñanza en la materia Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho UNA y de Nociones del Derecho en la Escuela de Ciencias Sociales y Políticas UNA.

Dentro del derecho procesal es objeto de estudio la institución de la caducidad de la instancia como una vía para poner término a todo juicio sin que el mismo resuelva la pretensión de las partes.

He aquí un esbozo sobre la caducidad de la instancia y un particular estudio de su aplicación en la preparación de la acción ejecutiva, es decir, sobre su procedencia o improcedencia con un apoyo doctrinario y jurisprudencial.

Asimismo expondremos sobre la permanencia del instituto de la caducidad o su derogación en el Anteproyecto Código Procesal General.

2. CADUCIDAD

2.1. Concepto

"Acción y efecto de *caducar*, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, por cualquier motivo, alguna disposición legal, algún instrumento público o privado o algún acto judicial o extrajudicial"(1).

2.1.1. Definición

El Diccionario de la Lengua Española al definir la caducidad señala: "Acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho"(2).

2.2. Supuestos de Aplicación de la Caducidad en el Código Procesal Civil de la República del Paraguay (Ley 1337/88)

Esta figura, en la normativa procesal civil vigente, tiene aplicación para determinar la caducidad de la instancia (artículo 172), de las diligencias preparatorias del juicio de conocimiento ordinario (artículo 214), de la prueba (artículo 266), para ejercitar la acción de amparo (artículo 567), de las medidas preparatorias del juicio ejecutivo (artículo 447), etc.

---

1) Víctor, De Santo. *Diccionario de Derecho Procesal*. 2ª Edición. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995. 48 p.

2) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia. Tomo I. Vigésima Edición. Madrid, 1984. 235 p.

3. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

3.1. Concepto(3)

Chiovenda con respecto a la caducidad de la instancia expresó: "La caducidad es un modo de extinguirse la relación procesal, que tiene lugar al transcurrir un cierto periodo de tiempo"(4).

Por su parte Carnelutti señaló: "La caducidad consiste, pues, en la *inercia de las partes* continuada un cierto tiempo"(5).

Igualmente el maestro Alsina al referirse a la caducidad de la instancia expuso: "...la inactividad de las partes importa una presunción de abandono de la instancia. El proceso se extingue, entonces, por el sólo transcurso del tiempo cuando los litigantes no instan su prosecución dentro de los plazos establecidos por la ley."(6).

Maurino a su vez señala con respecto a la caducidad de la instancia cuanto sigue: "Es la conclusión anticipada del proceso por haber transcurrido

---

3) Con respecto a los términos *perención* y *caducidad*, los mismos se refieren a una misma idea en materia procesal. Sentis Melendo realizó un distingo de estas dos palabras: "Si *caducidad* es más o menos castiza, como expresión, que *perención*, es cuestión que no hará variar los términos del problema ni su resolución. Lo que sí importa poner bien de manifiesto es que tanto una como otra de esas expresiones, en el campo jurídico, contemplan exclusivamente el factor tiempo combinado con el factor inactividad. Se produce la caducidad o perención porque, durante cierto tiempo, ha permanecido inactivo quien debía activar el proceso; porque no ha realizado acto de *impulso* quien debía impulsar. Esto es: *pasividad* y *tiempo*, dentro del proceso...". Santiago, Sentis Melendo. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. 300 p.

4) José, Chiovenda. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Madrid, Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., sin año. 427 p.

5) Francisco, Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Procedimiento de Conocimiento. Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944. 573 p.

6) Hugo, Alsina. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV. Juicio Ordinario Segunda Parte. Segunda Edición. Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores, 1961. 424-425 p.

el tiempo establecido legalmente, sin actividad procesal idónea para impulsarlo hacia el final; siempre que no medie una causal de improcedencia o un óbice suspensivo"(7).

De los conceptos expuestos es pertinente señalar que la caducidad extingue la relación procesal o la extinción del proceso o conclusión. A nuestro entender y, según el enfoque del trabajo, es la terminación del juicio por el transcurso del tiempo que determina la ley como consecuencia de la inactividad de las partes, y que puede aplicarse a cuestiones accesorias (incidentes) planteadas en el juicio, sin pronunciarse sobre la pretensión deducida.

3.2. Fundamento

La doctrina y la jurisprudencia al tener como tema de estudio el instituto de la caducidad de la instancia han establecido que la interpretación en materia de caducidad es de interpretación restrictiva(8).

---

7) Alberto Luis, Maurino. *Perención de la instancia en el proceso civil.*. Buenos Aires, Astrea, 1991. 7 p.

8) Con respecto a la interpretación de las leyes procesales expuso Couture: "La interpretación de las leyes procesales no se agota en la operación de desentrañar el significado del texto particular que provoca duda interpretativa. Ese texto no es, normalmente, otra cosa que la revelación de un principio de carácter general vigente a lo largo de toda la legislación procesal. Interpretar el texto es, pues, determinar la medida de vigencia del principio frente a cada caso particular".

"Esos principios que rigen la codificación son, a su vez, desenvolvimientos particulares de grandes mandamientos o preceptos básicos consignados en la Constitución, para asegurar la justicia, la igualdad, la libertad, la dignidad de la persona humana, etc.".

"Interpretar la ley procesal es, por lo tanto, interpretar todo el derecho procesal, en su plenitud, a partir de los mandamientos o preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho y no la ley". Eduardo J., Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo III. 3ª Edición. Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2003. 44-45 p.

Sobre el perfil de jurista y humanista de Eduardo J. Couture, vide, la obra del escritor Ubaldo, Centurión Morínigo. *Derecho y Etica en Eduardo J. Couture*. 2ª Edición. Asunción-Paraguay, 2003. Igualmente realiza el citado autor una exégesis de los Mandamientos del Abogado.

Este principio de interpretación sólo puede tener validez y eficacia cuando condice y concuerda a cabalidad con el fundamento que sostiene la institución de la caducidad de la instancia.

Palacio al referirse sobre el fundamento de la caducidad de la instancia expone dos puntos de vista: el subjetivo y el objetivo. Sobre el primero expresa: "...el fundamento de la institución estriba, por un lado, en la presunción de abandono de la instancia que configura el hecho de la inactividad procesal prolongada y, por otro lado, en la conveniencia de que, en tales circunstancias el órgano judicial quede liberado de los deberes que, eventualmente, le impone la subsistencia indefinida de la instancia"(9).

Con respecto al segundo punto de vista el citado procesalista señala: "...apreciada la caducidad de la instancia desde un punto de vista objetivo, que es el que primordialmente interesa, parece claro que su fundamento radica en la necesidad de evitar la duración indeterminada de los procesos judiciales"(10).

Si el maestro Couture señaló que al interpretar la ley procesal necesariamente debe tenerse en cuenta el orden constitucional ello supone que, igualmente, se realizará una interpretación constitucional y, en ese sentido, cabe recordar las ideas que sobre el punto el tratadista Segundo V. Linares Quintana señala: "...en el complejo cuanto difícil procedimiento de la interpretación jurídica, y por ende de la interpretación constitucional, juega un papel importantísimo el *sentido común*, muy difícil de definir, pero que en su esencia no es sino la facultad de juzgar razonablemente las cosas, o sea, conforme con el buen juicio natural de las personas"(11).

En la exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Civil vigente en la República del Paraguay al mencionarse la caducidad de la instancia se expresó: "...todo litigio, es una perturbación de la paz social, que debe ser restablecida en el más breve tiempo, respondiendo al fin básico de todo proceso"(12).

---

9) Lino Enrique, Palacio. *Derecho Procesal Civil*. Tomo IV, Actos Procesales. Segunda Edición. Buenos Aires, Abeledo-Perrot S.A.E. e I., 1999. 212 p.

10) Lino Enrique, Palacio. Ob. cit. Tomo IV, 212 p.

11) Segundo V., Linares Quintana. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot S.A.E. e I., 1998. 37 p.

12) *Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos*. Asunción-Paraguay, 1973. 72 p. Palabras expuestas por J. Eulogio Estigarribia, a

Básicamente entendemos que la caducidad de la instancia se encuentra embebida por valores jurídicos de **paz** y de **seguridad jurídica**, axiomas que no dan cabida a la duración indefinida del juicio, salvo aquel que no contenga **controversia** y sólo esté a la voluntad del interesado sin sujetar a otra persona sine die a sus pretensiones.

3.3. La Caducidad de la Instancia y su Regulación en el Código Procesal Civil del Paraguay (Ley n° 1337/88)

El Código Procesal Civil vigente en la República del Paraguay contiene normas que se refieren a la caducidad de la instancia, desde el artículo 172 hasta el 179 y en cuanto a las costas en la caducidad de la instancia en el artículo 200.

En efecto, el artículo 172 establece: "PLAZO. Se operará la caducidad de la instancia en toda clase de juicio, cuando no se instare su curso dentro del plazo de seis meses. Dicho plazo será el fijado por las leyes generales para la prescripción de la acción, si éste fuere menor".

"El impulso del procedimiento por uno de los litisconsortes beneficia a los restantes".

3.3.1. Principio General

La norma transcripta determina el plazo de seis meses para que se produzca la caducidad en el juicio, a falta de impulso procesal que permita la prosecución del juicio hacia el final.

---

la sazón Presidente de la Comisión Nacional de Codificación, al referirse sobre las innovaciones consagradas en el libro I del Proyecto.

La moderna corriente garantista del derecho procesal civil, advertiría en contra de esa paz social que con la declaración de la caducidad, declarada de oficio, podría ocurrir: "a) un primer pleito, reiterando el anterior que se declaró caduco, si es que la pretensión todavía no está prescripta b) un segundo pleito por el cobro de las costas de la caducidad declarada c) finalmente, un posible litigio por mala praxis abogadil". Omar, Benabentos. *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal.*. Rosario Argentina, Editora Juris, 2001. 46 p.

13) Hugo, Alsina. op. cit.. Tomo IV. 429 p.

Sobre las condiciones de la producción de la caducidad de la instancia Alsina determinó: "a) La perención requiere la concurrencia de tres condiciones: 1° instancia; 2° inactividad procesal; 3° tiempo"(13).

Palacio por su parte agrega una condición más sobre los requisitos y expresa: "La producción de la caducidad de la instancia se halla supeditada a la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1°) existencia de una instancia (principal o incidental); 2°) inactividad procesal absoluta o actividad jurídicamente inidónea; 3°) el transcurso de determinados plazos de inactividad; 4°) el pronunciamiento de una resolución que declare operada la extinción del proceso como consecuencia de las circunstancias señaladas"(14).

La jurisprudencia siguiendo las premisas de Alsina y Palacio ha dicho sobre las condiciones de existencia de la perención: "Para que resulte viable la caducidad de la instancia es necesaria la concurrencia de cuatro presupuestos: a) existencia de una instancia; b) inactividad procesal absoluta o actividad procesal jurídicamente inidónea; c) el transcurso de determinado plazo de inactividad; d) el pronunciamiento de una resolución que declare operada la caducidad del proceso"(15).

3.3.2. Instancia

La norma legal transcripta y objeto de estudio requiere distinguir algunos conceptos para comprender su alcance. En este sentido con respecto a la *instancia* Alsina ha dicho: "...conjunto de actos de procedimiento que realizan las partes para obtener la decisión judicial de una litis, desde la interposición de la demanda hasta el llamamiento de autos para sentencia"(16).

Asimismo Palacio expresa con respecto a la instancia: "a) Debe entenderse por instancia el conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de una demanda (originaria o reconvencional), la promoción de un incidente o la resolución mediante la cual se concede un recurso (ordinario o extraordinario), hasta la notificación del pronunciamiento final hacia el que dichos actos se encaminan"(17).

---

14) Lino Enrique, Palacio. Ob. cit. Tomo IV. 213 p.

15) *La Ley*. Tomo B). Buenos Aires, La Ley S.A., 1999. 863 p. CNCiv., sala I, agosto 20-998. – Estigarribia, Jorge A. c. Expreso Quilmes Línea 98.

16) Hugo, Alsina. Ob. cit. Tomo IV. 429 p.

17) Lino Enrique, Palacio. Ob. cit. Tomo IV. 213 p.

18) En las palabras de Clemente Díaz la demanda en el proceso de cogni-

Vale decir que la instancia se compone de actos procesales que se realizan desde la demanda (18) hasta la resolución que resuelve la pretensión deducida.

Fundamentalmente, al hablar Alsina sobre la instancia expresó que "...es necesaria la existencia de una litis, aunque no haya controversia, bastando que las partes tengan interés en el pronunciamiento judicial para la determinación de sus derechos"(19).

3.3.3. Juicio y litigio

De Santo citando a Caravantes señala que por *juicio* "...se entiende la controversia que, con arreglo a las leyes se produce entre dos o más personas, ante un juez competente, que le pone término por medio de un fallo que aplica el Derecho o impone una pena..."(20).

Por su parte Alvarado Velloso al referirse al término *litigio* expresa: "Se entiende por litigio la *simple afirmación*, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, *aun cuando de hecho él no exista*"(21).

En líneas generales cuando se habla de juicio con el mismo se prevé la intervención de un agente (el juez) que escuche una pretensión y se expida sobre esta sea acogiéndola o rechazándola.

---

ción es un "acto introductivo de instancia". Clemente, Díaz. La Exposición de los Hechos en la Demanda. *Los Hechos en el Proceso Civil.* Augusto M. Morello (Director). Buenos Aires, La Ley S.A., 2003. 6 p.

Es importante recordar que por aplicación analógica al momento de promover la preparación de acción ejecutiva (artículo 443) deban cumplirse los requisitos generales establecidos para la acción ejecutiva y demanda ordinaria establecidos en el artículo 215, aunque la preparación de acción ejecutiva no constituya una demanda.

19) Hugo, Alsina. Ob. cit. Tomo IV. 429 p.

20) Víctor, De Santo. Op. cit.. 203 p.

21) Adolfo, Alvarado Velloso. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal.* Primera Parte. Reimpresion. Santa Fe Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000. 25 p.

22) Adolfo, Alvarado Velloso. Op. cit. 25-26 p.

Entendemos como palabras sinónimas juicio y litigio aunque puede ocurrir que sea con o sin controversia.

Es entonces erróneo el concepto que sobre el juicio nos señala Caravantes pues no es necesaria la existencia de una controversia para que se dé un juicio o litigio. En efecto señala Alvarado Velloso: "se entiende por *controversia* la efectiva discusión operada en un proceso respecto del litigio que lo origina; cabe aquí acotar que puede ocurrir que no haya controversia pues el resistente acepta liminarmente los extremos de la pretensión del actor y, por ende, no presenta debate. De ahí que pueda existir litigio *con* y *sin controversia*, según sea la actitud que al respecto adopte el demandado"(22).

3.3.4. Síntesis

Los conceptos que más arriba fueron transcriptos son esenciales para echar algunas consideraciones sobre la caducidad de la instancia en la preparación de la acción ejecutiva.

3.3.5. Aplicación del artículo 172 del Código Procesal Civil en la Preparación de la Acción Ejecutiva

Alguna posición señala que no puede ser declarada la caducidad de la instancia en la preparación de la acción ejecutiva por cuanto que la misma no constituye un juicio controvertido y, el Código Procesal Civil solamente permite la caducidad de la instancia en un juicio y no en una preparación de acción ejecutiva.

Por nuestra parte, afirmamos que no puede argüirse la inexistencia de controversia en el juicio para determinar la inaplicabilidad del artículo 172 del Código Procesal Civil en la acción preparatoria de juicio ejecutivo.

En este sentido cabe recordar lo expuesto por Alsina al referirse sobre el comienzo del cómputo de la caducidad de la instancia, "la perención procede aun tratándose de diligencias preparatorias"(23) en el juicio ejecutivo.

---

23) Hugo, Alsina. Ob. cit. Tomo IV. 453 p.

24) *La Ley Revista Jurídica Paraguaya*. Tomo 1998. Asunción Paraguay, Editorial La Ley Paraguaya S.A., 1998. 765 p. A.I. N° 301, Asunción, 16 de

3.3.5.1. Casuística Jurisprudencial

Con relación a la aplicación de la caducidad de la instancia en la preparación de la acción ejecutiva en un caso sometido a la decisión de un Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, el mismo sostuvo: "...la circunstancia de que el expediente se encuentra en la etapa del reconocimiento de firmas, no constituye un obstáculo para declarar la caducidad de la instancia, porque esta figura procesal se aplica a toda clase de juicios y la acción preparatoria forma parte del proceso ejecutivo, encontrándose expresamente legislada dentro del Título I del Libro III del C.P.C., que se denomina: "Del juicio ejecutivo"(24).

Este criterio jurisprudencial tiene apoyo en la doctrina sostenida por Palacio quien al referirse al punto expresa: "...el juicio consta de tres etapas".

"La primera comprende la demanda –que puede hallarse precedida del cumplimiento de diligencias preparatorias–, la intimación de pago, el embargo (que no es, según veremos, trámite esencial) y la citación para defensa. La segunda está representada por los períodos destinados a la oposición de excepciones, así como a la contestación y prueba de éstas, por el pronunciamiento de la denominada sentencia de remate y por la sustanciación de los recursos que proceden contra ella. La tercera, finalmente, incluye los trámites necesarios para el cumplimiento de la sentencia de remate, en el supuesto de que ésta haya ordenado que se lleve la ejecución adelante"(25).

3.3.6. Caducidad de la Instancia en la Preparación de la Acción Ejecutiva y Caducidad de las Medidas Preparatorias

Una cuestión que merece ser observada es la caducidad de las medidas preparatorias del juicio ejecutivo. Esta se encuentra regulada por el artículo 447 del Código Procesal Civil y el mismo dispone: "caducidad de las medidas preparatorias. Las medidas preparatorias de juicio ejecutivo caducarán si

---

junio de 1998, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 1, Asunción, República del Paraguay. Financiera Paraguaya S.A. c. José Domingo Godoy y Lorenza Jara de Godoy.

25) Lino Enrique, Palacio. *Derecho Procesal Civil.* Tomo VII, Procesos de Conocimiento (Sumarios) y de Ejecución. Cuarta Reimpresión. Buenos Aires, Abeledo-Perrot S.A.E. e I., 1994. 344 p.

no se deduce la demanda dentro de veinte días de concluidas, sin necesidad de notificación alguna".

Esta norma como se puede observar establece un plazo menor de la caducidad para iniciar la demanda ejecutiva pues sólo se dispone de veinte días.

Sobre la conclusión de las medidas preparatorias la jurisprudencia sostiene: "...las diligencias preparatorias se conceptúan concluidas; es decir, terminadas, cuando la persona supuestamente deudora reconoce como suya las firmas que le son atribuidas por el acreedor, reconociendo que se verifica en la audiencia respectiva, fijada para dicho efecto o bien, cuando en caso de inasistencia injustificada, se dicta el auto judicial por el cual el Juez hace efectivo el apercibimiento decretado y tiene por reconocidas y por auténticas dichas firmas. Antes de ello, las diligencias preparatorias en el juicio ejecutivo no se encuentran concluidas; y consiguientemente, no puede correr el plazo de 20 días previsto en el Art. 447 del Código Procesal Civil"(26).

Aunque en rigor la caducidad de las medidas preparatorias del juicio ejecutivo determina un plazo inferior es conveniente expresar que, en la práctica procesal, el recurrente o parte interesada en demandar ejecutivamente, solicita en un solo acto la declaración de la conclusión de las medidas preparatorias por parte del juez y, asimismo, el inicio del juicio ejecutivo, lo cual es una vía que no permite el transcurso del plazo de ningún día a los efectos del cómputo de la caducidad de las medidas preparatorias.

3.3.7. Caducidad de Oficio y Declaración de la Caducidad de la Instancia en la Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo

El Código Procesal Civil en su artículo 175 prevé la declaración de la caducidad de oficio cuando haya transcurrido el plazo establecido por el artículo 172 (seis meses). Este criterio surge pues del principio que la caducidad opera de pleno derecho y por lo tanto habilita la declaración de oficio por el juez.

---

26) *La Ley Revista Jurídica Paraguaya*. Tomo 1998. Asunción Paraguay, Editorial La Ley Paraguaya S.A., 1998. 1029 p. A.I. N° 493, Asunción, 16 de septiembre de 1998, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 1, Asunción, República del Paraguay. Amancio Cáceres Cantero c. Fábrica de calzados Fanny y otro.

En este sentido los jueces, deben declararla atendiendo las particularidades de cada caso y con mayor razón deben tener en consideración los motivos de interrupción (27), suspensión (28) e improcedencia (29).

4. LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA Y EL ANTEPROYECTO CODIGO PROCESAL GENERAL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

En el Anteproyecto de Código Procesal General de la República del Paraguay en el Capítulo Unico. Disposiciones Especiales y Transitorias, artículo 434 se prevé la derogación del Código Procesal Civil (Ley N° 1337/88).

---

27) Con respecto a la interrupción, en principio, interrumpen la caducidad de la instancia todo acto tendiente a impulsar el proceso. Al respecto señala Maurino: "El acto procesal, para ser interruptor de la caducidad, tiene que resultar idóneo y específico para activar el proceso, remontarlo y hacerlo avanzar de una etapa a otra, hacia su culminación natural la sentencia". Alberto Luis, Maurino. Op. cit. 119 p. Asimismo señala el mismo procesalista: "Para conceptuarse como interruptivo de la caducidad, la actuación procesal debe estar teleológicamente dirigida al desenvolvimiento de la relación jurídico-procesal". Alberto Luis, Maurino. Op. cit. 120 p.

28) Con respecto a la suspensión es menester tener presente lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, Sala Constitucional: "...los juzgadores errónea y equivocadamente sostienen que para realizar el cómputo del plazo de la caducidad de instancia, se incluye los días inhábiles, siendo tales los domingos, feriados y la misma feria judicial. Al respecto cabe expresar que "...durante la feria, en materia civil y comercial los términos judiciales quedarán suspendidos, tanto en los juicios ordinarios como en los especiales y sumarios..." (Ac. N° 17 – CSJ – 22/12/41, Art. 2°). El Art. 173 CPC establece claramente que "...se descontará el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por disposición judicial". En atención a la mencionada Acordada y la disposición legal citada, indudablemente, el tiempo establecido como feria judicial (mes de enero) no puede incluirse en el cómputo del plazo establecido en la ley (Art. 172, CPC)". *La Ley Revista Jurídica Paraguaya*. Año 27. N° 9. Octubre de 2004. Asunción Paraguay, Editorial La Ley Paraguaya S.A., 2004. 1158 p. Ac. y Sent. N° 1082, Asunción, 9 de agosto de 2004, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Acción de inconstitucionalidad en el juicio: Trufini, Marcos E. c. Corposana..

29) Artículo 176 del Código Procesal Civil: "improcedencia. No se producirá la caducidad:

Asimismo en el siguiente artículo del Anteproyecto (435. 2), se establece la derogación expresa del instituto de la caducidad de la instancia, aunque se menciona la aplicación del artículo 93.3 del Anteproyecto que se refiere al "archivo provisorio de los expedientes paralizados por inactividad de las partes".

En efecto, el artículo 93.3 del Anteproyecto señala: "Paralizado un proceso, en sus trámites principal y accesorios, por más de seis meses, el secretario dará cuenta al juez y este dispondrá la intimación a las partes a proseguir el trámite bajo apercibimiento de tenerlas por desistidas, si en el término de diez días no se presentaren a solicitar lo pertinente. En tal caso, el expediente se archivará con las piezas separadas".

Esta norma procesal, pues, no habla lógicamente de la caducidad pero sí del desistimiento por la inactividad en la prosecución del proceso. La renuncia a proseguir se entenderá luego de ser intimadas las partes a cumplir con la carga procesal que le compete: impulsar el proceso, consecuencia del

---

a) en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia;

b) en los procesos sucesorios y, en general, en los voluntarios, salvo que en ellos se suscitaren controversias; y

c) cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al juez o tribunal".

30) Roland Arazi más bien habla del sistema dispositivo y al respecto señala: "Según el sistema dispositivo corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial o, invirtiendo los términos, el tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado ante él y no puede conceder a ninguno de ellos más de lo que ha solicitado, ni una cosa distinta a la pedida; [...] las partes tienen la iniciativa del proceso y pueden darlo por concluido en forma unilateral o bilateral (desistimiento, allanamiento, transacción); en cuanto a los hechos, sólo pueden ser materia de prueba aquellos que han sido debidamente articulados en los escritos respectivos [...] y le está vedado al juez investigar la existencia de fuentes de prueba – es decir de personas que tienen conocimiento del hecho a probar o de cosas que representan el hecho a probar – o de presunciones judiciales (indicios): personas o cosas que tienen conocimiento o representan hechos que no coinciden con el hecho a probar sino que se refieren a otros hechos que, apreciados en conjunto, permiten inferir la existencia o inexistencia de aquél. Llevado el sistema dispositivo a su máximo extremo tampoco puede el juez ordenar ninguna medida de prueba en forma oficiosa (de esclarecimiento o para

principio dispositivo (30), es decir, que no solamente consiste en impulsar sino más bien "iniciar, impulsar o, eventualmente, terminar el proceso" (31).

Esta norma del Anteproyecto pues una sana vía para evitar la oficiosidad en los procesos en cuanto a su culminación. Vale decir, el desistimiento se interpretará como tal luego de una intimación a las partes a impulsar el proceso.

5. CONCLUSION

En este trabajo vimos la legislación paraguaya en lo que respecta a la caducidad de la instancia, con énfasis en la acción preparatoria de juicio ejecutivo. Asimismo, la doctrina y jurisprudencia en torno a ella.

Lo esencial es que corresponde declarar la caducidad de la instancia en esa etapa del juicio ejecutivo e incluso, de oficio por el juez. Este criterio ayuda a evitar la duración indefinida del juicio, en observancia a los valores jurídicos de paz y seguridad jurídica con exclusión del valor justicia, pero no por negación de ésta sino que la misma no constituye fundamento del instituto de la caducidad de la instancia. Lo afirmado se basa en que la justicia se concretará cuando se dicte la resolución sobre el fondo de la cuestión, el dar a cada uno lo suyo no se decidirá al declararse la caducidad de la instancia.

Ahora bien, la perspectiva apunta a la derogación de la caducidad de la instancia en el Anteproyecto de Código Procesal General, inspirada la misma en el sistema dispositivo y que se concreta con el desistimiento expreso o tácito de continuar el juicio. La previa intimación a las partes del juicio para continuar o renunciar se inspira en el principio constitucional del debido proceso, en el sentido de que, además de ser escuchadas las partes y que las mismas tengan derecho a probar, también sean oídas en cuanto a la continuación del juicio. Con ello, se evitará toda decisión del juzgador sin escuchar,

---

mejor proveer) aun cuando la existencia de las fuentes surjan del propio proceso...". Roland, Arazi. El Sistema Dispositivo y los Hechos. *Los Hechos en el Proceso Civil.* Augusto M. Morello (Director). Buenos Aires, La Ley S.A., 2003. 72 p.

31) Hernán, Casco Pagano. *Derecho Procesal Civil.* Asunción Paraguay, La Ley Paraguaya S.A. Editora e Impresora, 2000. 97 p.

con anterioridad a las partes, es decir, la conclusión del juicio por inactividad será con audiencia de las mismas.

6. BIBLIOGRAFIA

Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV. Juicio Ordinario Segunda Parte. Segunda Edición. Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores, 1961.

Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Reimpresion. Santa Fe Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000.

Anteproyecto de Código Procesal General de la República del *Paraguay*. Corte Suprema de Justicia. Centro Internacional de Estudios Judiciales.

Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil.* Tomo IV. Procedimiento de Conocimiento. Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944.

Casco Pagano, Hernán. *CODIGO PROCESAL CIVIL comentado y concordado*. 5ª Edición Actualizada y Aumentada. Asunción Paraguay, La Ley Paraguaya S.A. Editora e Impresora, 2003.

Casco Pagano, Hernán. *Derecho Procesal Civil.* Asunción Paraguay, La Ley Paraguaya S.A. Editora e Impresora, 2000.

Centurión Morínigo, Ubaldo. *Derecho y Etica en Eduardo J. Couture*. 2ª Edición. Asunción-Paraguay, 2003.

Couture, Eduardo J.. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo III. 3ª Edición. Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2003.

Chiovenda, José. *Principios de Derecho Procesal Civil.* Tomo II. Madrid, Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., sin año.

De Santo, Víctor. *Diccionario de Derecho Procesal*. 2ª Edición. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia. Tomo I. Vigésima Edición. Madrid, 1984.

La Ley Revista Jurídica Paraguaya. Año 27. N° 9. Octubre de 2004. Asunción Paraguay, Editorial La Ley Paraguaya S.A., 2004.

La Ley Revista Jurídica Paraguaya. Tomo 1998. Asunción Paraguay, Editorial La Ley Paraguaya S.A., 1998. *La Ley*. Tomo B). Buenos Aires, La Ley S.A., 1999.

Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot S.A.E. e I., 1998.

Los Hechos en el Proceso Civil. Augusto M. Morello (Director). Buenos Aires, La Ley S.A., 2003.

Maurino, Alberto Luis. *Perención de la instancia en el proceso civil*. Buenos Aires, Astrea, 1991.

Palacio, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil.* Tomo IV, Actos Procesales. Segunda Edición. Buenos Aires, Abeledo-Perrot S.A.E. e I., 1999.

Palacio, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil.* Tomo VII, Procesos de Conocimiento (Sumarios) y de Ejecución. Cuarta Reimpresión. Buenos Aires, Abeledo-Perrot S.A.E. e I., 1994.

Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos. Asunción-Paraguay, 1973.

Sentis Melendo, Santiago. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967.

GERMAN BIDART CAMPOS: SU LEGADO INTELECTUAL Y ETICO

Por Ubaldo Centurión Morínigo (*)

"*Estamos muy consternados. Ayer falleció repentinamente Germán Bidart Campos*", nos dijo el gran maestro de Derecho Constitucional de Iberoamérica Segundo V. Linares Quintana.

Fue la primera penosa información que recibimos del sensible hecho, un domingo a la tarde y nos afectó profundamente la partida del eminente constitucionalista y humanista de nota que nos honró con su amistad, con su aprecio generoso y estimulante durante muchos años.

Aprendimos a admirar al preclaro hombre de derecho y tratadista brillante, cuando enseñábamos Instrucción Cívica, en el Colegio Acuña de Figueroa, donde ejercía una dirección bondadosa pero con energía el antiguo profesor Recalde. Leíamos con gran interés su obra *Lecciones Elementales de Política* y comenzamos a mencionarlo en nuestras clases por su pensamiento claro, su rigor científico, su profundidad conceptual y sobre todo por ser un apasionado defensor de las causas vinculadas con la libertad y el respeto a la dignidad del hombre.

Un paro cardíaco acabó con la vida del gran trabajador que fue Bidart Campos, quien escribió más de 50 libros y 3.000 artículos periodísticos, recorrió América y España pronunciando conferencias magistrales sobre temas

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

de su especialidad. A los 76 años, luego de superar operaciones del corazón con tres o cuatro by pass "se fue con la mayoría", como dirían los griegos antiguos, el ilustre catedrático universitario.

Daniel Sabsay lo conceptuó "el maestro del Derecho Constitucional más descollante de la Argentina".

Lo primero que cabe resaltar al ocuparnos del triste hecho es la humildad que caracterizó al insigne maestro. Lucía una gran calidad humana que lo vinculaba entrañablemente a la gente del mundo de la cultura que admiraba no solamente su capacidad de jurista, de científico del Derecho, sino su afabilidad junto a un carácter siempre cordial y caracterizado por la sencillez.

La repentina muerte acabó con la legítima esperanza de tantos ex alumnos suyos que esperaban que fuera designado juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reemplazo de Adolfo Vázquez, noticia sobre la que corrían fuertes rumores previos al infausto hecho.

Bidart Campos se recibió como abogado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) en 1949 y no se quedó con ese logro pues de inmediato se consagró con pasión, entusiasmo y perseverancia a preparar su tesis doctoral en la misma Universidad que fue merecedora de la más alta calificación por un exigente tribunal examinador. Fue un profesor distinguido, el respetado jurisconsulto al que se recurría al plantearse una situación difícil de orden constitucional. Era frecuente leer su opinión esclarecedora, dotada de gran autoridad intelectual y moral sobre problemas constitucionales de la Argentina, en los diarios La Prensa y La Nación de Buenos Aires.

Fue asesor de los convencionales constituyentes, en 1994, en la Reforma de la Ley de Leyes de ese año en Santa Fe. Hablaba como un compañero más de los constituyentes con gran efusividad y lejos de la arrogancia del que pretende erigirse en el maestro por excelencia de todos, esgrimiendo como única verdad sus aseveraciones firmes y tajantes.

Este apasionado de la libertad y del respeto irrestricto al orden constitucional nunca se afilió a ninguna organización política. Tampoco fue funcionario de algún gobierno. Esto gravitó para su libertad y autoridad moral a la hora de enjuiciar regímenes de su país y hasta la actuación de los partidos políticos de cara a los mandatos de la Constitución Nacional y al ejercicio de la política con altivez moral.

No había nacido Bidart Campos para ser el colaborador de dictadores liberticidas ni para hacer la apología de sus gobiernos autoritarios.

Se mantenía libre de la influencia de algún partido político como también sin lazos con ningún gobierno de turno que pudiese afectar su imparcialidad a la hora de opinar sobre el cumplimiento de la Carta Magna.

No trazó elogios a gobernantes que surgieron de elecciones fraudulentas o que tuvieron una ejecutoria escandalosamente contraria a los principios constitucionales.

En su trayectoria rigió siempre el servicio más alto y honesto a la verdad, porque no tenía compromisos ni deudas con nada ni con nadie, cuando se trataba de opinar como un ciudadano libre con profunda y absoluta transparencia. No alabó a tiranos ni a gobernantes comprometidos con monstruosas listas de desaparecidos.

No sufrió la coyunda de partidos políticos vejatorios de la libertad por imperio de sus consignas totalitarias.

Trabajó con constancia, con humildad y con una inteligencia luminosa que fue reconocida no solamente en universidades de su país sino en universidades extranjeras habiendo su prestigio traspasado las fronteras de su patria llegando sus libros a ser consultados ampliamente en México, Perú y España, donde lo elogiaban los grandes tratadistas del Derecho Constitucional, como Virgilio Zapatero, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

El gran Luis Alberto Sánchez, cuando lo visitamos para someterlo a un reportaje, base de nuestro libro sobre el privilegiado testigo y actor del siglo XX, lo elogió por su jerarquía intelectual y sus aportes entusiastas a la causa de los Derechos Humanos. Por eso, fue nombrado Doctor Honoris Causa por la Universidad de San Martín de Porres que nos honró un día con el título de Orientadores Académicos de esa prestigiosa universidad donde estudia una juventud animosa por superarse y por ir avanzando en su amor a la cultura y a los afanes sublimes del espíritu.

En México, respetado por sus libros y por las conferencias que dio en tantas jornadas internacionales allí realizadas, tuvo un alto prestigio. Fue designado profesor galardonado por la UNAM (Universidad Autónoma de México), en 1987. La Universidad Mayor de San Marcos de Lima, de la que Luis Alberto Sánchez fue tres veces Rector, siendo esa Universidad cuatro veces

centenaria, lo designó profesor honorario, un título académico que recibió como homenaje a sus méritos intelectuales y a su honrada y valiente defensa de la libertad.

Sabsay se sentía orgulloso de haber sido alumno del preclaro maestro de quien dijo con profunda tristeza ante su muerte repentina: “Escribió sobre todos los temas: Sociología Jurídica, Filosofía Jurídica e Historia Jurídica”.

Lo hallamos un día en su departamento de la calle Azcuénaga donde tenía su oficina, su biblioteca, todo en un ambiente austero presidido por un crucifijo en el que se consagraba a estudiar con pasión los temas fundamentales de la ciencia constitucional. Allí se pasaba escribiendo este infatigable profesor, todos los días, y preparando sus clases para la universidad como también las conferencias que debía dar en Europa y en América como invitado de honor en tantos eventos internacionales que reunían a los mejores tratadistas.

En ese departamento lo visitamos, recibimos su saludo afectuoso y lo sometimos a un reportaje con lo cual terminamos nuestro libro sobre tan descollante figura del Derecho Constitucional Iberoamericano.

Nunca olvidamos que nos dijo: “Pasa el tiempo y yo puedo enfermarme, lo que determinará grandes gastos sanatoriales que sólo afrontaré con mis sueldos modestos de profesor. Esto me preocupa. Yo pienso siempre en “el anzuelo de Dios”, que me hará superar la circunstancia exitosamente. Le insisto en que soy un profesor que vive solamente de sus sueldos; yo no tengo asesorías de grandes empresas nacionales e internacionales que operan en la Argentina. Vivo de la cátedra y para la cátedra”, nos dijo aquella mañana en su modesto departamento, en medio de un clima sereno. Estaba él entre sus libros que amaba y que consultaba cotidianamente.

Nos confesó en Asunción en una oportunidad que se había aplazado en Derecho Constitucional porque hubo un repentino cambio de profesor en la materia para agregar que luego de recibirse de abogado, comenzó a investigar con entusiasmo creciente los problemas más intrincados del Derecho Constitucional.

Nos expresó en esa oportunidad que hace unas escapadas fructíferas a la tranquila ciudad de Montevideo, donde halla el sosiego necesario para escribir, en una cafetería de la calle 18 de Julio. Nos manifestó que en ese ambiente de tranquilidad plena con el ritmo de una urbe no demasiado agitada,

escribió la actualización de su libro de Derecho Constitucional con todas las reformas que tuvo esa Ley de Leyes, en el año 1994.

Después de escribir durante sosegadas horas en el bar montevideano, salía a recorrer las calles de la ciudad que tiene en su lugar central el monumento a Artigas, el ilustre uruguayo con quien Francia fundó el derecho de asilo en América al darle refugio y protección en Curuguaty. El gran constitucionalista vivió amorosamente dedicado al cuidado de su madre y cuando ésta falleció quedó solo en su departamento, sin hijos de la sangre pero con muchos hijos espirituales, fruto de su inmenso talento creador. Cada año publicaba un nuevo libro que resumía su pensamiento de respeto a la Ley Fundamental como garantía de la convivencia libre y democrática. Diariamente escribía sobre cuestiones constitucionales, ora para diarios o revistas de la Argentina y de América.

Este profesor que prefería el honor de la docencia antes que los honorarios jugosos del abogado, que no es capaz de escribir ni un folleto, porque se pasa consagrado a ejercer la profesión para servir a los magnates y delincuentes dotados de una inmensa fortuna.

Todo el día se consagraba al estudio y a la investigación como demuestra la obra realizada en la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja de la Universidad de Buenos Aires, relevante cargo que ocupó desde el año 1994.

Gioja era un hombre muy rico pero no era esclavo de su fortuna. Su dinero empleó para viajar por todo el mundo y para formar una inmensa biblioteca con la que acrecentaba su bagaje de conocimientos. Prefería al lujo y la ostentación reunirse con sus alumnos a discutir apasionantes temas jurídicos y filosóficos, viajaba con ellos a universidades de lejanos países del orbe para asistir a conferencias y a congresos donde resaltaba su espíritu que sabía sobreponerse a la vanidad de los ricos, que tienen llenos los bolsillos con monedas de oro pero vacío el cerebro por ausencia de ideas superiores.

Ante el triste fallecimiento del firme defensor del Estado Constitucional, emitió una declaración el doctor Antonio M. Hernández presidente de la Asociación Argentina del Derecho Constitucional:

“En nombre de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional expreso el más profundo dolor por la muerte de Germán José Bidart Campos, acaecida en Buenos Aires el día de ayer, 3 de septiembre de 2004.

"Creo interpretar el sentir de todos los miembros de la Asociación al decir que Bidart Campos realizó una superlativa producción intelectual, que se extendió a más de 70 libros y 3.000 artículos, que abarcaron la historia, la filosofía política, el derecho político y todos los aspectos del derecho constitucional.

"Su prestigio excedió largamente las fronteras nacionales y se constituyó en uno de los más destacados cultores del derecho público en el mundo hispano, habiendo sido fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

"Fue Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Doctor Honoris Causa de varias Universidades latinoamericanas.

"A sus brillantes condiciones de investigador, caracterizado por su solidez y notable claridad, unió una excepcional capacidad docente de transmisión de sus enseñanzas, que le hicieron acreedor del título de Maestro del Derecho, que todos le reconocíamos por sus notables condiciones espirituales, éticas y humanas.

"Y por ello todos somos sus discípulos y lloramos su partida definitiva. No sólo nosotros perdemos al abanderado de nuestro constitucionalismo, sino que nuestro país se queda sin una de sus más prestigiosos intelectuales.

"Sin embargo, más allá de la desolación que sentimos en el corazón, no podemos olvidar su ejemplo formidable de lucha por el Derecho y de vida comprometida con los valores superiores del espíritu, que servirá para un futuro mejor.

"En relación a los homenajes que esta Asociación tributara a su ilustre memoria, ya he pedido a los organizadores del próximo Encuentro de Jóvenes Docentes que se realizará en Córdoba en este mes, que el mismo sea efectuado bajo tal invocación y que además, en la hora de clase magistral que el Maestro debía dictar, 24 de septiembre a las 19 horas, sea realizada una evocación de su figura.

"Dr. Antonio M. Hernández (Presidente)".

Entre sus obras más consultadas se encuentran el *Tratado Elemental de Derecho Constitucional en Argentina*; *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*; *Teoría General de los Derechos Humanos* y *El Derecho de*

la Constitución y su Fuerza Normativa, obra ésta en la que nos honra y nos dio un inmenso estímulo al citarnos y aludir a nuestro libro del Estado Social de Derecho.

Este firme defensor de la Super Ley que protege la dignidad del hombre, fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (UCA), entre los años 1962-1967. Fue Vice-rector académico de la UCA entre 1986-1990, se desempeñó como profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires, prestigiosa casa de estudios superiores que lo tenía entre sus más descollantes docentes.

En su patria, fue designado Profesor Extraordinario Honorario con distinción de académico ilustre por la Universidad Nacional de Mar del Plata en 1994 y Profesor Plenario, título otorgádole por la Universidad de Belgrano entre las distinciones más destacadas que recibió como reconocimiento a su intensa y fecunda labor intelectual.

Estuvimos con él, en la Universidad Nacional de Santa Fe, donde dio con toda naturalidad y sencillez una conferencia sobre temas constitucionales para luego quedarse conversando durante horas con alumnos de diversos cursos y hasta aceptando gustosamente un reportaje de un periódico universitario. Fue el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional donde brilló alto el gran Vanossi y conmovió por su oratoria elocuente el insigne y recordado Alberto Spota en una encendida defensa de la libertad.

En el año 1991, estuvo en el Paraguay. Vino a asesorarnos ante la inminencia de una nueva Constitución para la República del Paraguay. Estuvo alojado en el Hotel Chaco y disertó en el salón de actos del Poder Judicial ante numerosos magistrados y profesionales del Derecho. Les dijo a modo de sincera recomendación, fruto de tantas experiencias, que debía hacer el Paraguay una Constitución corta, que fuese el gran marco que posibilitase después toda una dinámica reforma legislativa para responder a las necesidades sociales, políticas y económicas del país. Agregó que no se precisan tantos constituyentes porque sería difícil el trabajo con un número elevado de personas encargadas de redactar la Ley Suprema. “Tengan en cuenta el caso de Colombia. Fueron tantos los constituyentes que les fue difícil arribar a consensos positivos a la hora de redactar la Constitución que fuese aprobada unánimemente”. Todo lo que nos enseñó y nos transmitió con su vasta experiencia en la materia, todo lo que dijo en el Poder Judicial fueron consejos que no tuvimos en cuenta. Hicimos una Constitución larga, la de 1992 y se reunieron para tan alto cometido 198 convencionales constituyentes.

A la mañana siguiente de su primera disertación ante los magistrados judiciales de nuestro país, estuvimos casualmente en la librería Castelar, cercana al Hotel Chaco, sobre la calle Mariscal Estigarribia consultando libros de clásicos españoles cuando lo vimos aproximándose al maestro Bidart Campos. La grata sorpresa nos **emocionó** profundamente, lo abrazamos y le acompañamos hasta la Facultad de Derecho donde iba solo, sin ningún acompañante, con el propósito de visitar la más que centenaria Universidad Nacional de Asunción. Lo acompañamos caminando junto a él, a lo largo de dos cuadras y cuando llegó a la Facultad de la que egresó Luis De Gásperi, el jurista más completo del Paraguay, se encontró el tratadista eminente con la situación de que nadie lo aguardaba. No estaba el Decano y no estaba el secretario. Entonces, asumimos el deber de representar a las autoridades de la Facultad en nuestro carácter de catedrático de la institución, lo invitamos a visitar la sala de profesores y allí tomó asiento y contestó a las preguntas que comenzamos a formularle pensando ya en el libro que escribiríamos sobre la ejecutoria sobresaliente del maestro. Un fotógrafo que pasaba casualmente por la calle Yegros fue invitado por el antiguo funcionario, no viejo, Pablo Fernández, a captar una fotografía del momento tan importante en nuestra vida. Después fuimos a Buenos Aires y logramos el propósito de completar nuestro libro sobre Bidart Campos.

Por su excesiva humildad nos costó ímprobo esfuerzo y gran paciencia obtener su currículum vitae que nos dijo que no tenía escrito pero que lo prepararía ante nuestro pedido. Cada tres o cuatro meses nos pedía un ejemplar de nuestro librito para ser entregado a organizaciones culturales diversas de toda América que lo invitaban a dar conferencias y nos decía en sus amables y conceptuosas cartas que le prestaba un gran servicio, porque allí figuraba su currículum del que él no tenía copias. Por eso fue que nuestro libro sobre Bidart Campos recorrió muchos países de América y recorrió España como reconoció públicamente una vez el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

Tuvimos el privilegio de dialogar con él amistosamente en numerosos eventos internacionales y recordamos que también estuvimos en su grata y gratificante compañía cuando el histórico homenaje a Linares Quintana al cumplir 90 años. Deploraba Bidart Campos no haber podido ser su alumno, porque cuando debió serlo el maestro fue al exilio por razones políticas y se hallaba ejerciendo la docencia con singular brillo y resonante éxito en la Universidad de Carolina del Norte, de Estados Unidos de América. Fue en aquella oportunidad que el ex discípulo Alberto Spota dijo al maestro estas emocionadas palabras: “Maestro Linares Quintana: Gracias por lo que nos enseñaste, gracias por lo que nos enseñas y, sobre todo, **gracias por existir**”.

Estuvimos también con Bidart Campos, en la prestigiosa Universidad de Belgrano asistiendo a un evento que reunió a juristas de América, oportunidad en que brilló el vibrante orador de la libertad, como nosotros denominamos en un libro a Alberto Spota. Allí estuvo también el profesor Colautti, autor de varios libros sobre Derechos Humanos. Nos invitó a visitar su estudio jurídico de la calle Corrientes donde nos obsequió dos obras valiosas de su autoría consagradas a la defensa indeclinable de los derechos humanos.

En el justiciero homenaje a Linares Quintana estuvimos celebrando el acontecimiento, a más de Bidart Campos, con Pedro J. Frías, Néstor Pedro Sagüés, Zarini y Spota. Fue un diálogo cordialísimo y muy amistoso de esos grandes juristas de América.

"Bidart Campos no suele asistir a estos actos, a la incorporación de miembros a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas", nos dijo Linares Quintana en aquella tarde que lo íbamos acompañando al edificio de la calle Alvear.

Para nuestra gran sorpresa e inmensa emoción vimos al llegar, al antiguo local de la Academia, al maestro Bidart Campos quien dialogaba con mi esposa y con mi madre. Nos honró, pues, con su ilustre presencia el gran defensor del Estado de Derecho en América en el acto de mi incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas habiendo sido presentado en mi conferencia por el más antiguo académico, Linares Quintana. En esa ocasión, tuvimos que romper el protocolo y decir, al iniciar nuestra conferencia: Señores Académicos y **nuestro maestro** de **siempre** Germán Bidart Campos. Así nos honró el indeclinable defensor de la Constitución como garantía de los derechos fundamentales de la persona humana.

Contamos felizmente con el vídeo de ese acto solemne en el que se nos ve pronunciando la conferencia de incorporación a la prestigiosa Academia siendo escuchados por Bidart Campos, por el filósofo Víctor Massuh y otros preclaros exponentes de la intelectualidad argentina.

El eminente constitucionalista Humberto Quiroga Lavié, profesor destacadísimo de la Universidad Nacional de La Plata, escribió estas líneas llenas de emocionada gratitud como homenaje al maestro cuya vida se apagó repentinamente para profunda consternación de todos los círculos académicos del continente:

"Germán Bidart Campos **fue un apóstol cívico de los derechos humanos**. Se ha ido el más preclaro de sus defensores. Su pluma, incansable y feraz, ya estará quieta, pero el eco de sus verdades como orador de la Justicia será el himno que al alcance del pueblo todo, instrumento a la mano de los juristas, podrá cantarse en jornadas de lucha, única espada que consolida la paz social, como Bidart Campos la utilizó toda su vida.

"Proclamador incansable de la supremacía de la Constitución, denunció sin descanso sus **múltiples violaciones por gobiernos que sólo supieron trasegar sus intereses y no el respeto irrestricto del Estado de Derecho**. La fuerza normativa de la Constitución fue su lema, su plena operatividad, su bandera. Pasó por la historia de los argentinos sin **provocaciones mediáticas**, desde el recogimiento de una vida que fue ejemplo de **humildad**. Pero la simiente que sólo producen los escritores clásicos ha quedado para no borrarse nunca como fuente de consulta: para los tiempos".

"Yo lo propuse como miembro de la Academia Nacional de Derecho por sus méritos académicos destacados y por su sobresaliente vocación de jurista", me dijo el maestro Segundo V. Linares Quintana quien también recordó al ilustre desaparecido como un cristiano auténtico de fervoroso espíritu religioso.

Matías Bailone trazó con visible pena estas líneas ante la infausta noticia: "Sus ideas mantuvieron siempre la limpieza de sus convicciones éticas y republicanas, su ejemplo de las bibliotecas jurídicas, desde la cátedra ha sido la de un insobornable defensor de la juridicidad y la Constitución. Su partida es una partida que duele en lo profundo de nuestro sentimiento de republicanidad. De ahora en adelante el camino iluminado por su doctrina sea el que debemos transitar con la mirada puesta en su ejemplo y su palabra que seguirán encendiendo fogatas donde alumbrar nuestras instituciones".

En el plano nacional fue un fervoroso e inclaudicable defensor de los derechos humanos. Escribió libros con interpretaciones fundadas en respeto a la dignidad del hombre. Y en el ámbito internacional también luchó por su vigencia intangible por obra del derecho. Mucho disertó y escribió el preceptor sobresaliente sobre el derecho internacional de los derechos humanos que defendía con su palabra elocuente y su prosa clara de absoluta precisión conceptual. Bregaba porque allí donde se violase el derecho sagrado se actuase con energía para impedir atropellos inícuos. Quizá inspirase su obrar tan comprometido con esta justa causa de los pueblos este pensamiento de Pablo VI:

"Allí donde se viola los derechos humanos de una persona allí se ataca a toda la humanidad".

Enfatizó por ello en una de sus brillantes conferencias: "Es bueno trazar un paralelo entre derecho internacional y derecho interno. El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas – que sin enumerar los derechos humanos aludía a los derechos y libertades fundamentales del hombre – proclama su prioridad sobre todo tratado, pacto o convención que se hagan parte los estados miembros de la organización. Quiere decir que tales derechos no pueden resignar ni obstruir a través de tratados la obligación de respetar y cumplir los derechos y libertades fundamentales del hombre. De modo análogo, cuando una Constitución suprema que encabeza al orden jurídico interno contiene un plexo de derechos, éste participa en lo interno, de la misma supremacía que goza la Constitución a la que pertenece".

El maestro se ha preguntado: "¿Se ha extraviado o ha dejado de existir la supremacía de la Constitución?".

Se responde así mismo Bidart Campos: "Más bien cabría sostener que hay un reacomodamiento de la misma.

"Los modos de adecuar la supremacía constitucional a esta nueva realidad son variables y propios de cada Estado. Los hay que colocan al derecho internacional con prioridad sobre todo al derecho interno incluida la misma Constitución. Los hay que confieren al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de la Constitución, otros, sólo dan prelación a ese derecho respecto de las leyes".

Este jurista infatigable dejó una obra fecunda, nos dice el respetado constitucionalista Sabsay: "En la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia Bidart Campos "tiene un archivo con su nombre", debido a lo frondoso de su obra".

El luchador sin pausa ni fatigas por un orden democrático que respetase los intereses legítimos de la persona humana sufrió hace algunos años una delicada intervención quirúrgica del corazón. Aún así con su pluma quieta seguía pensando en los amigos y ocupándose siempre de ellos a modo de aliento generoso a su trayectoria.

Tan es así que al recibir una carta nuestra en el sanatorio donde se reponía, encargó a su querido exalumno y prestigioso profesor universitario

Raúl Gustavo Ferreira, que nos contestase de su parte la carta relatándonos que ya se hallaba recuperándose después de la difícil circunstancia afrontada.

El maestro escribió el prólogo del libro del doctor Ferreira titulado: *Notas sobre el derecho constitucional y garantías,* exordio en el que dice con humildad: "La vocación de docencia y de investigación que sin duda traduce en sus páginas ha alcanzado ya plenamente un rasgo de creciente madurez. Que ello sea preludio de muchos productos futuros para orgullo de la ciencia jurídica, para estímulo de los colegas, para provecho de los estudiantes y para que todos nos convenzamos de que, a cualquier edad, siempre nos queda algo y mucho por aprender, por debatir y por meditar".

"Caminante no hay camino. Se hace camino al andar".

En estas horas de congoja impactados por la noticia de la muerte del maestro, recordamos el encuentro de profesores de Derecho Constitucional, de España y de América, en el que sobresalieron Virgilio Zapatero de la Universidad Complutense de Madrid y por nuestro continente, Bidart Campos.

Al terminar la primera jornada del importante evento académico a nivel internacional nos dijo el maestro Pedro J. Frías:

- Les invito a almorzar en la Rural de la calle Florida, a las 13. Compartiremos una grata y fraternal reunión.

Estuvimos puntualmente y nos encontramos con el Dr. Frías y jóvenes constitucionalistas de las provincias argentinas.

Expresó el maestro de Córdoba tras fijarse en la hora:

- Tenemos un invitado ilustre, son las 14 y no llega porque tiene abrumadores compromisos pero vamos a esperarle unos minutos más antes de iniciar nuestro almuerzo.

Para nuestra gran sorpresa fue llegando el invitado ilustre, del que nos había hablado el autollamado con humildad universitario de Córdoba, profesor emérito de su Universidad, la más antigua de la Argentina.

Minutos después avanzó hacia nuestra mesa el hombre de derecho, respetado por su palabra respaldada por su conducta intachable de defensor incólume de las libertades e impugnador insobornable de todos los regímenes

dictatoriales y violadores de los derechos humanos. Era Germán Bidart Campos quien llegaba con un abultado y pesado portafolios.

Todavía con la emoción de verlo al respetado constitucionalista le dijimos:

- Usted no se cansa nunca maestro. Siempre activo en la cátedra, en la redacción de sus libros y en los congresos orientando con su palabra sabia y esclarecedora. Se lo ve siempre joven, lleno de vigor físico y espiritual. Por algo se ha dicho: "no interesa la edad que se tiene sino la edad que se ejerce".

De inmediato nos contestó:

- Sí, pero lamentablemente uno se muere no de la edad que ejerce sino de la edad que tiene.

La instantánea respuesta determinó que todos sonriéramos mientras él tomaba asiento para el almuerzo.

En la actitud está el hombre, decían los griegos. Con aquella presencia humilde en el almuerzo de La Rural que había organizado el maestro Frías como agasajo a nosotros, nos dio la más grande lección de humildad el insigne y descollante hombre de derecho.

Se produjo, pues, una conversación sumamente cordial con los jóvenes profesores de derecho constitucional también discípulos de Bidart Campos, algunos de lejanas provincias. Luego nos intercambiamos nuestras tarjetas personales por sugerencia del bondadoso Pedro J. Frías siempre interesado en promover relaciones espirituales entre los colegas que se daban cita en jornadas internacionales, congresos o seminarios.

Tras servirnos el postre y beber un vino argentino de primera calidad, sin excesos, como querían los griegos, el maestro Bidart Campos dijo:

- ¿Pago yo la adición?

A lo que contestó de inmediato Frías.

- "Ustedes son mis invitados y estamos reunidos para agasajar a un amigo común. Yo he invitado y por tanto yo pago".

Y abonó de inmediato todo lo consumido por los comensales mientras destacaba la importancia de ese valioso encuentro fraternal.

Minutos después se retiró el autor de tantos libros ponderados pues, a las 16, debía desarrollar su conferencia en las jornadas que unían por la cultura jurídica a dos continentes.

Abordó un taxi y se fue sonriente sin acusar fatiga por la intensa jornada.

A la tarde hizo su exposición ante el calificado auditorio. Su disertación profunda y diáfana fue seguida con interés por todos los presentes que quedaban sorprendidos por tanta sabiduría y tanta modestia. En verdad no había ni asomo de arrogancia en lo que iba más que diciendo, enseñando el señero exponente del derecho argentino.

Meses después visitó el Paraguay y fue agasajado por el Decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Carlos A. Mersán, como dijimos, el muchacho de más de 80 años que levantó el edificio de la Facultad de Derecho en Trinidad para afrontar los desafíos del siglo XXI.

Entre los invitados para ese agasajo al profesor argentino estaba Ramón Silva Alonso, el maestro también sereno y sencillo, sin alardes de erudición como Bidart Campos. Terminada la cena invitamos a Bidart Campos a llevarlo a su hotel, el Hotel Chaco, gesto que aceptó y agradeció vivamente.

- Por esta Asunción, como decía un gran escritor de este país, Justo Pastor Benítez, transitó muchas veces la historia.

Nos dijo que estaba muy complacido por el agasajo que provenía de la Universidad Nacional de Asunción, la más antigua del Paraguay, la que dio ilustres estadistas a la patria paraguaya.

Nos expresó que estaba enamorado del sosiego de Asunción tan diferente al ritmo agitado de las grandes urbes. Nos habló de maestros paraguayos, de César Garay constitucionalista ilustre y destacado profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales así como magistrado judicial de intransigente decoro y valentía.

Le comentamos que tuvimos el honor de asistir a las clases de derecho constitucional del hijo del glorioso héroe del Yrendagué y que en ellas, sobre todo, se explayaba con pasión sobre las garantías del Estado de Derecho.

Al llegar al Hotel Chaco y despedirnos en la calle Caballero me dijo el apasionado defensor del imperio de la Constitución:

- Sigamos luchando por el Derecho, Ubaldo.

Y yo le respondí:

- Claro que sí, como decía Ortega y Gasset: la vida es un esfuerzo natatorio y el que deja de bracear se hunde.

La vida es lucha y, por sobre todo, lucha por el triunfo de los principios, de los ideales y de los sueños de los que creen que el Derecho es el camino para la convivencia civilizada y constructiva.

No hay que llorar la muerte del viajero, hay que llorar la muerte de un camino, le escuchamos decir un día a un eminente constitucionalista del Perú. Es la verdad que hay que resaltar en estos momentos de recordación del gran defensor de la justicia y crítico severo de los regímenes violatorios de principios constitucionales básicos, de gobiernos encabezados por hombres de vocación dictatorial, de "líderes providenciales".

Ciertamente, el viajero partió pero dejó sus sabias enseñanzas en libros que no han de morir jamás y que seguirán formando a las nuevas generaciones por el camino dignificador del derecho y de la libertad. Los libros de Bidart Campos son el camino que no muere, que sigue alentando a todos los hombres que creen en los bienes morales que asegura el Estado de Derecho. Ese camino abierto con la inteligencia y la perseverancia del maestro insigne no morirá jamás, siempre se leerán páginas suyas para enfrentar a tiranos y a déspotas, para defender los principios del Estado de Derecho.

Murió el singular exponente del Derecho Constitucional. Murió el jurista y profesor brillante que antepuso la defensa de sus principios éticos vinculados con la democracia y el imperio de la ley al enfermizo afán de acumular dinero perseguido por los que muestran la fortuna en dólares porque carecen de la fortuna del espíritu y de la ética inflexible.

En Asunción nos dijo un día el eminente constitucionalista del Perú Domingo García Belaúnde, sobrino del gran demócrata Fernando Belaúnde Terry: "Bidart Campos es un creador del Derecho Constitucional, no un repetidor de ideas ajenas. Es un abanderado de la dignidad humana y un luchador

incansable por la vigencia de los preceptos jurídicos superiores que protegen el libre desenvolvimiento de la personalidad humana".

Por su generosa iniciativa y por aquello de que hay que rendir homenaje en vida, expresar la gratitud cuando no se ha apagado la existencia rica y paradigmática de los maestros, Domingo G. América. Contiene más de 500 páginas con trabajos dedicados a la trayectoria y pensamiento de este hombre singularmente prestigioso. El volumen reunió a las mejores plumas de juristas del continente, todos coincidentes, todos con sentido unánime de adhesión a la figura y a la obra ejemplar de Bidart Campos.

Generosamente nos invitó el prolífico autor peruano a colaborar con tan justiciero emprendimiento: un homenaje en vida al gran constitucionalista americano. Para honra de mi nombre incluyó Belaúnde los tres trabajos que le hice llegar acerca de la obra intelectual y la dimensión profundamente humana del formador de tantos constitucionalistas argentinos.

¡Qué iniciativa acertada la del peruano talentoso que honra el acervo jurídico de la noble patria de Toribio Pacheco!. Mucho colaboró en este emprendimiento magnífico el Profesor Palomino.

Nada de homenajes post mortem, en vida hay que llegar hasta los profesores que modelan el alma y la conciencia de la juventud por el camino del bien y de la verdad. Nada de bellos discursos ante la tumba inesperadamente abierta, nada de placas recordatorias de su egregia y constructiva ejecutoria.

Con la misma filosofía ética de la gratitud llegamos a tiempo con nuestro homenaje sincero a Ramiro Rodríguez-Alcalá, Salvador Villagra Maffiodo, Santiago Villarejo, Mario López Escobar, Justo Pucheta Ortega, César Alonso de las Heras, José María Rivarola Matto, Arquímedes Laconich y singulares patriotas.

Se nos fue el maestro, se nos fue el amigo entrañable, el que siempre nos dio su aliento generoso en nuestros modestos afanes en el campo de la cultura, el que a veces por lo menos con dos líneas nos expresaba nuestro agradecimiento cuando leía algún artículo en el que lo recordábamos con respeto en el periódico EL DERECHO.

Pero su cátedra no está extinta, dura y perdura con el valor de sus ideas, el decoro de su pensamiento y la insobornable convicción del hombre de derecho que predicó siempre, con la misma entereza y la autoridad moral de Linares Quin-

tana, el imperio de la Constitución como garantía para el progreso, en paz, concordia y justicia de los pueblos que aman los ideales por los que vale la pena luchar y no son un simple rebaño que sigue al tirano que lo humilla y envilece.

Víctor Hugo decía: "La muerte es una mentira cuando muere un hombre que trabajó para el bien, para el entendimiento, para la concordia nacional, la libertad creadora y la justicia. Pero la muerte es una verdad cuando el hombre cae después de haber vivido para el triste menester del odio, de la desunión, de la activa maldad y del encono perverso".

Por eso es mentira la muerte de Bidart Campos. Sus luminosas lecciones serán fecundamente impartidas porque enseñan desde sus libros a rechazar la opresión y a amar la vida libre defendida por el derecho.

No está muerto Bidart Campos, está y seguirá vivo en sus libros sabios y plenos de coraje para defender los derechos inherentes a la personalidad humana y para salvaguardar la democracia sin mixtificaciones, sin defraudaciones al pueblo, sin políticos que defienden con discursos encendidos la ética pública y son los principales responsables de un Estado de corrupción que se generaliza para ignominia de sus nombres y para decepción del pueblo que los votó con confianza en sus proclamadas virtudes cívicas.

El maestro enseña cotidianamente la grandeza de los valores por los que luchan los auténticos servidores del ideal democrático, los que como Cicerón sostienen que **"la única manera de ser libres es ser esclavos de la ley"**. Esa fervorosa prédica respaldada con el testimonio de la vida que siempre se pronunció por sobre los intereses coyunturales, que privilegió los sueños por sobre los intereses materialistas.

Esa cátedra no pide permiso, no tiene fines de semana ni se jubila jamás. Es la cátedra del honor, del decoro, de la fe inconmovible en la libertad como brújula para los pueblos y guía segura para el hombre. Es la cátedra de Bidart Campos que afronta con entereza el presente y mira con optimismo el porvenir. Esa fervorosa prédica no muere como no pueden morir los principios que dignifican la condición humana.

Bidart Campos estará más afable y sonriente que nunca cuando vea a la juventud no claudicar en la defensa de sus ideales sino persistir para que nadie arríe la bandera sagrada de la libertad.

BIEN DE FAMILIA EN EL INMUEBLE QUE GENERA EL SUSTENTO DEL CONSTITUYENTE Y SU FAMILIA (*)

Por Nélida Mariana Isabel Wallace (**)

PALABRAS PREVIAS

No resulta intrascendente para los intereses de la región el tema propuesto para estas Jornadas.

Es inherente a los fines perseguidos en el Tratado de Asunción el promover el desarrollo económico armónico y sustentado tanto de los países signatarios en particular como del bloque en su conjunto.

Este desarrollo debe ser inescindible al de los miembros de la comunidad que conforman los Estados signatarios, caso contrario el bloque estaría destinando significativos recursos humanos, tecnológicos, económico y "tiempo", en trabajar por un proyecto que desconoce el bien común.

El Bien de Familia, regulado en Argentina por la Ley 19349, es una institución cuya proyección trasciende lo legal, para perfilarse en lo psicológico, sociológico y económico.

(*) Ponencia presentada en la Quinta Jornada de Derecho Comparado del Mercosur, Asunción, Paraguay, 2004.

(**) Docente de Civil V (Familia y Sucesiones) Cátedra A, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Julio de 2004.

En el ámbito de Argentina es entendido por la generalidad de los potenciales beneficiarios solamente como protección del asiento de vida del constituyente y su grupo familiar.

Esta es una visión inexacta por excluir aspectos verdaderamente relevantes de la institución tan o más trascendentes que el asiento de vida como es la protección del inmueble de donde se obtiene el sustento a las necesidades económicas del grupo familiar.

El fomento y correcta instrumentación del Bien de Familia son una invalorable herramienta a los fines de mejorar la calidad de vida de los pueblos, contribuye su promoción económica y colabora con los planes a favor del arraigo rural. Todos éstos son objetivos compartidos por los Estados que forman el MERCOSUR y todo estudioso del derecho debe contribuir desde su disciplina a la consecución de tales objetivos.

Sólo tarea se justifica, así nuestra.

INTRODUCCION

I. CONCEPTO

No es simple definir un derecho que no está vinculado única y estrictamente a una persona.

Nuestro ordenamiento legal se orienta a definir persona como ente susceptible de contraer derechos y obligaciones. Como consecuencia de lo cual los derechos responden a una persona.

En el caso del Bien de Familia, tenemos un derecho a ejercer por el titular constituyente cuyos efectos están en miras de protegerlo conjuntamente con el núcleo familiar del mismo, que puede o no convivir (salvo los colaterales que deben convivir necesariamente) y que incluso se proyecta temporalmente al fallecimiento del constituyente titular.

¿Se convierte por ello la familia en persona jurídica de existencia ideal? ¿Se convierte por ello la familia en un sujeto de derecho sin ser persona? ¿Son los beneficiarios calificados por el vínculo familiar los titulares del derecho?

Lo cierto es que estamos frente a un régimen imprescriptible y voluntario de inembargabilidad relativa, inalienabilidad, desgravación impositiva y régimen sucesorio específico.

– Imprescriptible, porque el derecho no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo. Una vez constituido el bien de Familia, pueden transcurrir los años que fueran y, en la medida que se mantengan las condiciones que habilitaron su constitución se mantendrá vigente.

– Voluntario, porque el titular dominial del inmueble, sea este un dominio o condominio, es el único habilitado para solicitar la aplicación del régimen de Bien de Familia a un inmueble de su propiedad. No opera por ministerio legis o disposición de terceros interesados.

– Inembargabilidad relativa (en realidad ejecutabilidad relativa) atento a que el inmueble afectado como Bien de Familia no puede ser embargado y ulteriormente ejecutado sino por deudas de origen anterior a su constitución o por deudas que siendo posteriores lo sean por impuestos, tasas, créditos por construcción o mejora y gravámenes constituidos con expresa afectación por un negocio específico con el asentimiento del cónyuge si el constituyente fuera casado.

– Inalienable: para enajenar el inmueble afectado como Bien de Familia previamente hay que desafectarlo.

– Desgravación impositiva: está exento del impuesto a la transmisión gratuita de bienes mortis causa, impuesto que estaba vigente al momento de la sanción de la ley, no actualmente

– Régimen sucesorio específico: no puede ser objeto de legados ni mejoras testamentarias. En una etapa de la jurisprudencia, tampoco podía ser objeto de partición sucesoria a la muerte del constituyente mientras subsistieran algunos de los beneficiarios (1).

Significa este régimen excepciones a principios muy valorados en el sistema de derecho de origen romanista, como somos los integrantes del blo-

1) Cam. 1º Civ. y Com. La Plata, Sala II, 29/11/57. Cam 1ª Mar del Plata. 28/4/64, JA, 1964-V-216. SCBA 27/12/66, JA 1976-IV-489. CNCiv, Sala A, 12/12/68. Cam. Civ. y Com. Rosario, Sala IV 28/6/78, JA 1978-IV-570., ED, 28–80. CNCiv., Sala E, 24/8/79, ED, 85–720.

que. El Estado resigna tributos, el constituyente ve restringida su libre disponibilidad en vida y mortis causa y los acreedores del titular ven excluido un bien (probablemente el único) del patrimonio de su deudor.

Al ser una institución que en si encierra tantas excepciones a tan arraigados principios evidentemente el legislador tuvo en mente la concreción y protección de valores de mayor envergadura que aquellos.

¿Cuáles podrían ser estos valores? No se encuentran en el ámbito de lo jurídico, sino de la política. Proteger el asiento del hogar y/o fuente de recursos económicos a costa de sacrificar el patrimonio sobre el cual puede ejecutar el acreedor es una determinación política instrumentada en el ámbito de lo jurídico. Nos habla de un proyecto de comunidad que protege y fomenta los emprendimientos empresariales familiares.

En este sentido la Constitución Nacional no solamente se interpreta como Ley Suprema del Estado sino también como matriz cultural.

II. MARCO LEGAL

El Estado que reconoce y resguarda a las instituciones intermedias, Estado que reconoce al ser humano como parte integrante de grupos que son anteriores a él, se enrola dentro de la corriente del Constitucionalismo Social.

En el sistema jurídico argentino, la Constitución Nacional es el marco obligado del sistema legal de menor jerarquía y la ley de Bien de Familia no es ajena a ello.

Si bien es cierto que al tiempo de la sanción de la ley de Bien de Familia se encontraba vigente la Constitución Nacional del año 1949, en cuyo Artículo 37 II se protegía el bien de familia, derogada aquella Constitución, la ley mantiene su correlato constitucional en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional (reforma del año 1957): “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administrados por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

En la Reforma Constitucional del año 1994, advertimos una nueva arista en la protección de tierras con inenajenabilidad e inembargabilidad, la encontramos en el Artículo 75 que trata sobre las Atribuciones del Congreso, que por el inc. 17 debe: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, ... reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos".

¿Nos encontramos ante un bien de familia "tribal"? ¿Persigue los mismos fines que los instrumentados en la ley de Bien de Familia?

Como antecedentes en el derecho argentino, encontramos desde 1884 leyes que protegen los mismos intereses que la actual Ley 14394. Así las Leyes 1501; 9677, 10284, 11157 y con posterioridad la reciente 23073 modificada por 23.265.

III. LA INSTITUCION

III. 1. En primer término debemos sentar como premisa que la sistemática legal gira en torno al concepto de protección de las necesidades de la familia. Este debe ser el parámetro a la hora de entender, interpretar y aplicar la ley. Sin embargo, en nuestro sistema legal la familia no es sujeto de derecho, si lo son sus miembros. La suma de los intereses y necesidades de sus miembros generan un interés y necesidad que siéndoles superiores los comprenden.

III. 2. En segundo término debemos de resaltar que la proyecta los efectos positivos en el grupo familiar en distintos ámbitos: al proteger el ámbito de vida genera estabilidad emocional en sus miembros individualmente considerados que no sufren desarraigos; genera buenas condiciones para la convivencia del grupo y produce un marco de estabilidad económica en el patrimonio del jefe de familia.

III. 3. En tercer término debemos remarcar que la ley establece dos ámbitos físicos bien definidos a los cuales protege: el inmueble asiento del hogar familiar y el inmueble en donde se genera el sustento a las necesidades de la familia.

El inmueble asiento del hogar familiar ha sido objeto de estudio, promoción y aplicación exitosos, ello se corrobora por el hecho que la inmensa mayoría de los casos jurisprudenciales versan sobre este aspecto de la ley.

Sin embargo, no es menos trascendente a los fines perseguidos por la ley el estudio, promoción y aplicación exitosa del otro ámbito físico que protege, merece tutela: el inmueble que genera el sustento al grupo familiar. Es sobre este último ámbito sobre el que me voy a referir en este trabajo.

DESARROLLO

IV.– PROTECCION AL INMUEBLE QUE GENERA EL SUSTENTO AL CONSTITUYENTE Y SU GRUPO FAMILIAR

IV. 1. Hay dos artículos vitales para abordar el estudio del sistema: Los Arts. 34 y 41. El primero establece: “Toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia”, a su vez el Art. 41 establece: “El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien y a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas”.

Estos artículos se utilizan en la inmensa mayoría de los casos para resguardar la casa habitación del constituyente que puede o no convivir con su grupo familiar formado por cónyuge, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el tercer grado (sólo a estos últimos se le exige convivencia). Sin embargo estos artículos habilitan a extender los beneficios del Bien de Familia a un inmueble que genere el sustento del constituyente y su familia independientemente de la habitación del mismo.

Se advierten varios aspectos a analizar aquí:

Del Artículo 34:

a) el sujeto de derecho es el titular dominial del inmueble, único habilitado para solicitar la afectación del bien al sistema de bien de familia;

b) el inmueble puede ser urbano o rural, no existe una limitación en cuanto a la ubicación geográfica del mismo,

c) la calificación del inmueble está dada por la relación existente entre el grupo familiar del constituyente y sus necesidades de vivienda y sustento

Del Artículo 41:

d) la explotación puede ser del inmueble o de la industria en él localizada,

e) exige la explotación personal del constituyente o de su familia (2);

f) se puede remover transitoria y justificadamente de tal obligación por la autoridad de aplicación.

Si no se dan concurrentemente las exigencias legales, no es viable mantener la protección que el sistema le brinda y por ende procede la desafectación para la ulterior ejecución del inmueble.

Pasemos a revisar estos extremos:

IV. 1. a) Puede ser un titular único o en condominio, en cuyo caso la totalidad de los titulares que deben acreditar el vínculo entre ellos de cónyuge, ascendiente, descendiente y/o colaterales hasta el tercer grado que convivan.

Es importante destacar que el grupo familiar estaría constituido por su cónyuge o los miembros más cercanos de la familia consanguínea del constituyente. Atento a la exigencia de convivencia que se exige a los colaterales (Art. 36) debería darse ésta aun en el caso de la explotación económica del inmueble afectado o la industria en él localizada y no la habitación del mismo por el constituyente. Debe convivir el constituyente con los colaterales hasta el tercer grado para que estos puedan ser beneficiarios del sistema en el supuesto que la afectación recaiga en un inmueble no habitado pero que fuera el sustento del constituyente y su grupo familiar.

IV. 1. b) La localización geográfica del inmueble no condiciona la afectación del mismo: urbano o rural, lote baldío o edificado, grande o pequeño, localizado en zonas más o menos cotizadas en términos inmobiliarios.

---

2) 1º Inst. Civ. y Com. Villa Angela, Chaco. 22/3/74. Cam. Apel. Civ. y Com. Rosario, Sala IV, 30/3/87, JA, 1988-II-224.

IV. 1. c) El único parámetro que nos exige la sistemática es la relación entre el inmueble o la explotación en él localizada y las necesidades de vivienda y sustento del constituyente y su grupo familiar. En este aspecto la jurisprudencia debe de ser cuidadosa de valorar a conciencia cuáles son las necesidades del grupo familiar que se deben considerar incluidas a los fines del cálculo de la relación. No hay que olvidar que esta protección está sustentada a costa de los intereses de los acreedores.

¿Cómo se puede establecer este parámetro con bases objetivas? Es cierto que las unidades económicas, parámetro utilizado en la misma ley en los artículos subsiguientes en los supuestos de indivisión hereditarias, no son uniformes; son valoradas conforme a la ubicación del inmueble. De tal modo que como parámetro válido se podría utilizar la calificación de una unidad económica determinada por la autoridad de aplicación en cada área.

IV. 1. d) La explotación a que se refiere el Art. 41 puede ser del inmueble: tal como actividad agrícola, ganadera, minera, extracción de madera, avistaje de aves, etc. También considera la posibilidad de explotar la industria en él existente, a cuyos efectos el concepto de industria se debe considerar como actividad lucrativa lícita. Excluye las actividades filantrópicas o no redituables y las actividades ilícitas. Respecto a las actividades filantrópicas están excluidas atento a que la vocación del constituyente no puede ser solventada desplazando el interés legitimo de los acreedores. En los supuestos de actividades no redituables se debe tener en cuenta si las mismas son parte del desarrollo de un proyecto a largo plazo y provisoriamente sin rédito. La explotación debe generar el sustento del constituyente y su grupo; ése es el nexo que sostiene la protección.

Si la actividad desarrollada es ilícita va de suyo que no va a gozar de las ventajas propias del sistema de bien de familia, aun en el caso que fuera lucrativa y sustento del constituyente y su grupo familiar. No está diseñado el sistema de excepciones para proteger la sede de los ilícitos. A los fines de establecer lo lícito de la actividad se deberá entender el ordenamiento interno.

La explotación de la industria por parte del constituyente o su grupo familiar incluye todo tipo de actividad lícita lucrativa: producción de bienes, comercio, servicios, desempeño profesional, estudios, despachos, consultorio, hotelería, etc.

En el caso que se requiriera la colaboración de terceros a la explotación:

¿Se violaría la obligación de explotar por cuenta propia? En realidad habrá de verse las circunstancias de cada caso particular. Resultaría violento para el sistema mantener excepción para proteger a quien vive de rentas sin aportar su trabajo personal, pero sí quien se beneficia con el sistema requiere la colaboración de terceros para contribuir a su trabajo personal no sería lógico quitarle protección si el fruto de la explotación es proporcional a las necesidades de su grupo familiar y aparte es fuente de trabajo.

IV. 1. e) La explotación puede ser desarrollada por el constituyente o su familia, que serían los beneficiarios del sistema atento a que el producido económico de la explotación sirve de sustento al grupo. Del juego de los Artículos 34 y 41 advertimos que los beneficiarios no deben necesariamente convivir con el constituyente propietario, salvo los colaterales. De tal modo que no es exigible que todo el grupo conviva y se dedique a la explotación personal del inmueble. Si el constituyente, todos o algunos de los beneficiarios llevan adelante la explotación económica para sustento del grupo la institución tiene total vigencia. Esto tiene particular trascendencia en el ámbito de las explotaciones rurales. Este requisito no se cumple si el inmueble se da en locación, por más que el constituyente y su grupo familiar vivan de esa renta (3).

IV. 1. f) La solicitud para no explotar transitoriamente por cuenta propia el inmueble debe ser planteada ante autoridad de aplicación con posterioridad a la constitución y con anterioridad al cese de la explotación por cuenta propia del inmueble o la explotación en ella establecida (4). Ello es así en tanto no se puede proteger la explotación de quien tiene determinado previamente no hacerlo, en todo caso que lleguen las circunstancias que el titular solicite la medida. Tampoco puede protegerse, siempre a costa de los acreedores, la explotación de quien dejó de hacerlo. Si existen causas justificadas para relevar de la obligación de explotar por cuenta propia el inmueble o la explotación en él establecida valorará la autoridad de aplicación si se mantiene o no la protección extraordinaria a favor del constituyente y su grupo familiar.

---

3) CNCom, Sala D, 13/8/84, LL, 1985-B-249, voto Dr. Alberti.
4) Cam. Civ. y Com. y Trab. Bell Ville, 26/4/83, LLC, 1984-477.

La administración del inmueble y su explotación son conservadas por el constituyente.

IV.– 2 Subsistencia de la afectación con posterioridad al fallecimiento del causante.

No existe norma específica sobre la cesación del beneficio producido el fallecimiento del titular. Si existen normas que interpretadas armónicamente nos llevan a concluir que se produce la subsistencia de la medida, como la prohibición de efectuar con el mismo legados o mejoras (Art. 37) la exención del impuesto a la transmisión gratuita de bienes por causa de muerte y el definitivo Art. 49 inc. d) la desafectación procede a petición de parte porque "hubieran fallecido todos los beneficiarios". Ahora bien, en primer lugar, independientemente de las circunstancias del caso la desafectación procede a petición de parte. En segundo término se debe apreciar en cada caso particular si sobreviviendo beneficiarios del sistema se mantienen, además, las condiciones que habilitaron su constitución

– explotación del inmueble o la explotación en él instalada;

– por cuenta propia de los beneficiarios sobrevivientes;

– que no excedan las necesidades de sustento de este grupo familiar reducido por fallecimiento del constituyente y alguno de los beneficiarios.

Amén de lo antedicho, habrá que estar a la injerencia o no del bien de familia sobre la legítima de los herederos forzosos del causante constituyente.

En este caso la administración ha de ser ejercida de común acuerdo por los beneficiarios supervivientes, o designada judicialmente.

IV. 3. Constitución de Bien de Familia por testamento del titular

En este caso se tendrá que tener en cuenta que la constitución ordenada por el causante debe ser peticionada por el cónyuge supérstite, la mayoría de los herederos capaces o por el juez de la sucesión en el caso que hubiera incapaces. Aquí hay que analizar cómo se materializan en este supuesto los requisitos de:

– explotación del inmueble o la explotación en él instalada;

– por cuenta propia de los beneficiarios designados en el testamento;

– que no excedan las necesidades de sustento de este grupo familiar que deben mantener los vínculos de parentesco del art 34 respecto de los beneficiarios, no del testador.

La diferencia de constitución del Bien de Familia por disposición testamentaria y la constitución por condóminos en la unanimidad que se exige en este último caso y la mayoría que se exige en el primero, por interpretación a contrario del Art. 49 inc. b: la desafectación procede "A solicitud de la mayoría de los herederos cuando el bien de familia se hubiere constituido por testamento".

Aquí la administración podría ser ordenada vía testamentaria, acordada de común acuerdo por los beneficiarios o designada judicialmente.

V. OTROS INSTITUTOS SIMILARES

V. 1. En la propia Ley 14394 se encuentran establecidos sistemas de indivisión forzosa de bienes hereditarios que constituyan unidades económicas que básicamente se instrumentan por tres vías: 1) testamentaria impuesta por el propietario causante; 2) contractual de los coherederos de común acuerdo; 3) oposición a la partición a pedido del cónyuge supérstite que contribuyó a la formación de la unidad económica.

La diferencia es que aquí procede siempre post mortem del titular y por un tiempo limitado que eventualmente se puede renovar por acuerdo de partes. Coinciden en que se trata de una unidad económica, la inembargabilidad del capital y si solo del cincuenta por ciento de los frutos de la unidad económica, no se puede partir salvo acuerdo de todas las partes o vía judicial por causa fundada.

La administración recae sobre el cónyuge supérstite.

CONCLUSIONES

Son múltiples los factores que confluyen para promover el bienestar del conjunto social. Abordar problemas complejos en su origen con soluciones que aborden uno sólo de sus aspectos es una actitud poco conducente.

La alternativa que desarrollo tiene múltiples aplicaciones: desde la protección a actividades empresariales más o menos complejas (turismo de aventura, estudio contable o cría y procesamiento de aves), urbanas o rurales (salón de exposición y ventas de artesanías o elaboración de derivados de leche caprina). Por ello puede ser utilizado por las más variadas franjas sociales: desde quien posee recursos para instalar cultivos intensivos en invernaderos a quienes tiene semillas fiscales para cultivar su huerta. Todos ellos corren los riesgos (o son fruto) propios de economías inestables – recesivas y por lo tanto todos ellos merecen la protección que les brinda el Bien de Familia sobre el inmueble explotado por cuenta propia por el constituyente y su familia y que genera su sustento.

Presentar el Bien de Familia sobre un inmueble que genera el sustento al constituyente y su grupo familiar como un remedio de efectos mágicos para revertir los altísimos índices de desocupación y pobreza sería caer en propuestas incompletas.

No obstante ello, la difusión e instrumentación masiva de este recurso son una valiosa herramienta que, en concurrencia con otras como infraestructura y créditos de bajo interés, seria un principio para revertir las tristes condiciones actuales del cincuenta por ciento de los argentinos y otros porcentajes en la región.

Proteger el inmueble que genera el sustento familiar reivindicaría el trabajo del grupo familiar, que podrá no ser la imagen del exitoso primer mundo, pero sirve para quienes tienen sus necesidades básicas insatisfechas como así a quienes teniendo sus necesidades básicas satisfechas pretenden progresar explotando por cuenta propia un inmueble o el establecimiento en él radicado. Sería una herramienta útil para fomentar el arraigo rural y evitar latifundios a costa de la inmigración rural-urbana de los agricultores. Todos estos objetivos útiles y necesarios para los países miembros del MERCOSUR.

Las exigencias para la constitución no son inalcanzables, de hecho en los ámbitos rurales o pequeños comercios urbanos se producen en altísimo porcentaje que el propietario y su familia exploten por cuenta propia lo que genera el sustento económico del grupo. Lo que falta es la promoción de esta figura para la utilización masiva de la institución con altísimos beneficios y muy bajos costos.

Bibliografía Consultada

Bidart Campos, Germán, Reflexiones sobre los derechos humanos y las obligaciones correlativas en el derecho constitucional. ED, 124–887

Borda, Guillermo. Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones, Perrot, Bs. As. 1958, TI.

Bossert, Gustavo – Zannoni, Eduardo A. Manual de derecho de familia, 3º ed. Astrea Bs. As. .1991.

Guastavino, Elías. Ultimo beneficiario sobreviviente, propietario exclusivo del bien de familia. ED, 122–334

Lagomarsino, Carlos A.R. Desafectación del bien de familia en caso de supervivencia de un solo beneficiario. LL, 1986–D–357

Loveras, Nora. La protección constitucional a la vivienda familiar. LL 1993–E.818 Zannoni, Eduardo A. Derecho de las sucesiones, 3º ed, Astrea, Bs. As. 1983. T2.

EN DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y DEL ESTADO DE DERECHO

Por Carlos Fayt

Histórico voto en disidencia del Dr. Carlos s. Fayt, figura ética e intelectual de América. He aquí el comentado voto del Dr. Fayt en una cuestión de sumo interés para la Argentina. Fue un voto de gran contenido ético y jurídico que enalteció a la justicia del país vecino.

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Paraná, al confirmar el fallo de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo promovida por Alberto Roque Bustos, Gracia Luz Don, Ramón Evaristo Giacchi y Graciela Guadalupe Dappen contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina, el Banco de Entre Ríos y el BBVA Banco Francés S.A., declarando la inconstitucionalidad de las leyes 25.557 y 25.561, de los decretos 1570/01, 71/02, 141/02, de los Arts. 1°, 2°, 4°, 9° y 10 del decreto 214/02, del Art. 3° del decreto 320/02, de las resoluciones 6, 9, 18, 23 y 36/2002 del Ministerio de Economía de la Nación, de las comunicaciones "A" 3446, 3467 y 3468 del Banco Central de la República Argentina, y toda otra norma que impida, limite o restrinja de cualquier manera a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, y ordenó que las entidades financieras intervinientes devolvieran los depósitos en el signo monetario efectuado, en el plazo de diez días.

2°) Que el Estado Nacional y los bancos demandados interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 132/145, 147/150 y 156/172, los que fueron concedidos por el *a quo* únicamente por la cuestión federal compleja planteada y desestimados por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional también invocadas. El contenido de dichos recursos aparece correctamente

reseñado en el punto II del dictamen del señor Procurador General de la Nación, al cual corresponde remitirse a fin de evitar repeticiones innecesarias.

3°) Que debido al dictado de nuevas normas sobre la materia, el Tribunal corrió traslado a las partes para que se expidiesen sobre ellas, el cual sólo fue contestado por el Estado Nacional. El BBVA Banco Francés S.A. lo hizo extemporáneamente.

4°) Que los recursos extraordinarios deducidos son formalmente admisibles, en tanto se cuestiona la inteligencia de normas federales y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en ellas (Art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Cabe señalar que en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales involucradas, este Tribunal no ha de estar limitado por las posiciones del tribunal apelado ni por las de las partes (Fallos: 323:1491 y sus citas, entre muchos otros); como igualmente que las causales de arbitrariedad invocadas son inescindibles de los temas federales en discusión, por lo que deben ser examinados conjuntamente (Fallos: 323:1625, entre muchos otros).

5°) Que corresponde en primer lugar examinar el cuestionamiento formulado por el recurrente respecto de la aptitud de la vía del amparo para plantear y decidir el problema sometido a decisión judicial. A ese respecto, son aplicables los fundamentos expuestos en el voto del juez Fayt en la causa S. 173 XXXVIII "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo" del 5 de marzo de 2003, de Fallos: 326:417, y sus citas.

6°) Que esta Corte en su decisión debe atender a la situación legal y reglamentaria existente al momento de su pronunciamiento, aun cuando ello implique estudiar disposiciones sobrevinientes a las actuaciones cumplidas en autos, de acuerdo a su consolidada doctrina, de la que no es posible prescindir (Fallos: 308:1489; 312:555; 315:123, entre muchos otros).

7°) Que las circunstancias sociales y económicas que motivaron las medidas cuestionadas en autos encuentran – como ya tuvo oportunidad de señalarlo esta Corte (causa "Provincia de San Luis", voto del juez Fayt) – difícil parangón en la historia de la Argentina contemporánea. En efecto, el país asistió a la renuncia de un presidente constitucional en medio de graves protestas sociales, de consecuencia luctuosas. La crisis económica amenazaba convertirse en catástrofe, de lo que dan cuenta la huida de las reservas, la salida de la convertibilidad, la devaluación, la quiebra de la relación de confianza de los ahorristas con los bancos, la caída del consumo interno, los

ajustes. Este cuadro de situación se reflejaba como una estenosis tumoral en el aumento del desempleo y la subocupación, la exclusión y la indigencia simbióticamente unidas al caos social, político y económico. Este escenario desfibró el sistema de creencias sobre el que se asienta la Nación y la vida del Estado. La crisis no ha dejado resquicios sin penetrar.

De ahí que la reconstrucción requiriera medidas extremas y cambios severos, cuya constitucionalidad hoy **– superado lo álgido de la crisis** tal como se desprende de lo dicho por el señor Procurador General – le toca a esta Corte juzgar. El entramado de normas dictadas por el Gobierno introdujo importantes modificaciones en el sistema monetario, a la par que buscó reordenar el sistema financiero evitando la sangría del Banco Central de la República Argentina como prestamista final.

Se recordó en el citado precedente que el riesgo de desintegración del sistema financiero hizo necesaria la adopción por parte del Gobierno de severas medidas de control y restricciones generalizadas sobre los depósitos bancarios que provocaron expresiones de repudio y reacciones populares, signadas por la desesperación y la impotencia. Esas medidas de control sellaron la desconfianza de vastos sectores sociales en el sistema financiero –también en el político e institucional–. A partir de esta situación los poderes públicos intentaron priorizar el restablecimiento de la credibilidad y la confianza en aquel sistema como condición esencial dentro del proceso de recuperación de la economía nacional.

8°) Que a partir de esta situación se dictaron en el curso de pocos meses una profusión de normas de distinto rango –leyes, decretos, resoluciones ministeriales, circulares del Banco Central de la República Argentina, etc.–, muchas de ellas con una vigencia fugaz. Así se fue tejiendo un complejo e inestable sistema cuya constitucionalidad se encuentra en crisis en autos y que fue objeto de una detallada descripción en el considerando 15 del voto del juez Fayt en la causa “San Luis” ya mencionada y en el dictamen que antecede, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

9°) Que sin perjuicio de ello, habrá de aludirse específicamente a aquellas normas centrales para decidir la cuestión constitucional planteada en el presente pleito. Ello conduce – por razones de orden expositivo – a examinar sucesivamente la validez de la suspensión de la aplicación de la ley 25.466 denominada de intangibilidad de los depósitos y el decreto 214/02, ya sea que se lo considere como un decreto delegado o como un decreto de necesidad y urgencia, así como las normas legales sancionadas con posterioridad. Luego se examinará la natura-

leza específica de la que participa el depósito de dinero y finalmente, se abordarán los aspectos que involucran la ejecución de la sentencia.

10) Que la ley **25.466** dispuso que todos los depósitos captados por las entidades financieras autorizadas para funcionar por el Banco Central, fuere en pesos o en moneda extranjera, a plazo fijo o a la vista, serían considerados intangibles (Art. 1°). El Art. 2° de la Ley definió dicha condición disponiendo que *"el Estado Nacional en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado Nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes"*. El Art. 3° añadió que *"la presente ley es de orden público, los derechos derivados para los depositantes y las entidades depositarias de las operaciones comprendidas en el Art. 1° de esta ley, serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el Art. 17 de la Constitución Nacional"*.

El 6 de enero de 2002 el Congreso de la Nación sancionó la ley **25.561**, por la que, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 76 de la Constitución Nacional, se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional, hasta el 10 de diciembre de 2003, el ejercicio de las facultades en ella establecidas a fin de "proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios" y "reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2°" (incs. 1° y 4°, respectivamente, del Art. 1°). Esta ley concretamente: a) Facultó al Poder Ejecutivo Nacional "...para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias" (Art. 2°); b) Instruyó al Poder Ejecutivo a disponer "...medidas tendientes a disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio dispuesta en el Art. 2° (...) en las personas (...) que mantuviesen con el sistema financiero deudas nominadas en dólares..." (Art. 6°, primer párrafo); c) Estableció que esas deudas en dólares con el sistema financiero, cuando no fuesen superiores a los U$S 100.000 – disposición esta última observada por el Poder Ejecutivo – y se encontrasen vinculadas con los destinos allí especificados – créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción, refacción y/o ampliación de vivienda; créditos personales; créditos prendarios para la adquisición de automóviles; y créditos de personas que cumplan con los requisitos de micro, pequeña y mediana empresa –, fuesen reestructuradas a la relación de $ 1 igual a U$S 1

(Art. 6°, segundo párrafo); d) En relación a esas deudas en dólares con el sistema financiero que la misma ley pesifica a $ 1 igual U$S 1, facultó al Poder Ejecutivo a "...establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras (...), las que podrán incluir la emisión de títulos del Gobierno Nacional en moneda extranjera garantizados" (Art. 6°, tercer párrafo); e) **Suspendió la vigencia de la Ley de Intangibilidad de los Depósitos 25.466** hasta que fuese superada la emergencia del sistema financiero o hasta que el Poder Ejecutivo considere superada la emergencia (Art. 15); f) Habilitó al Poder Ejecutivo para disponer "las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas (...), reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras" (Art. 6, último párrafo).

Posteriormente, el Poder Ejecutivo, con invocación de las facultades conferidas por el Art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, dictó el **decreto 214/02** que modificó sustancialmente el régimen hasta entonces vigente. Ello, con invocación de la gravedad de la situación que había determinado la sanción de la ley 25.561, de la práctica interrupción del funcionamiento de la economía, de la máxima prioridad que debía acordársele al sistema financiero tanto para facilitar la paulatina normalización de la actividad económica como para restituir a los ahorristas y deudores las mayores condiciones de libertad de certidumbre, preservando sus derechos de propiedad, de la importancia prioritaria de "restablecer el orden público económico aun cuando ello, en forma parcial y transitoria, limite el derecho de los particulares a disponer, libremente, de la totalidad de sus propios recursos" y del riesgo cambiario y de hiperinflación al que podría conducir una excesiva aceleración en la liberación de los depósitos como consecuencia de las medidas adoptadas.

Así estableció que los ahorristas podrían "disponer en plazos más breves, de sus ahorros en dólares estadounidenses convertidos a pesos, o bien optar por recibir bonos nominados en dólares estadounidenses". Mediante este decreto se transformaron en pesos, con carácter general, todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en moneda extranjera que no se encontrasen ya convertidas a pesos (Art. 1°), estableciéndose, tanto para las deudas vinculadas al sistema financiero – que no se encontrasen ya convertidas (Art. 3°) –, como para las ajenas a él (Art. 8°) – existentes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561 como fue luego aclarado por el Art. 2° del **decreto 320/02** – que serían convertidas a razón de un peso por cada dólar, aplicándose sobre ambas el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) que prevé su Art. 4°.

En lo relevante para el caso, por su Art. 2° se estableció que ***"todos los depósitos en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras existentes en el sistema financiero, serán convertidos a pesos a razón de pesos uno con cuarenta centavos ($ 1,40) por cada dólar estadounidense, o su equivalente en otra moneda extranjera..."*, a lo cual, de conformidad con lo previsto en el Art. 4°, debían adicionarse los intereses y la suma resultante por aplicación del CER.**

Con respecto al **modo en que debía cumplirse lo establecido en la normativa reseñada**, el 31 de mayo de 2002 se dispuso, mediante el decreto 905/02, que los titulares de depósitos originalmente constituidos en moneda extranjera que fueron convertidos a pesos en virtud de lo dispuesto en el decreto **214/02**, cualquiera fuera el monto del saldo reprogramado en los términos de las resoluciones (M.E.) **6/02, 9/02, 18/02, 23/02 y 46/02**, tendrían la opción de recibir, a través de la entidad financiera correspondiente, en pago (total o parcial) cancelatorio de dichos depósitos, tres tipos de bonos: a) "*Bonos del Gobierno Nacional en Dólares Estadounidenses Libor 2012*", a un plazo de 10 años y 6 meses, con vencimiento el 3 de agosto de 2012, amortizables en 8 cuotas anuales, iguales y consecutivas, equivalentes cada una al 12,5% del monto emitido, con vencimiento la primera de ellas el 3 de agosto de 2005, y con un interés sobre saldos a partir de la fecha de emisión equivalente al de los depósitos en euro-dólares a 6 meses de plazo en el mercado interbancario de Londres según la tasa Libor, pagadero por semestre vencido, a entregarse por el importe del depósito en moneda extranjera reprogramado, antes de su conversión a pesos (ver Arts. 2° y 10); b) "*Bonos del Gobierno Nacional en Pesos 2% 2007*", a un plazo de 5 años, con vencimiento el 3 de febrero de 2007, amortizables en 8 cuotas semestrales, iguales y consecutivas equivalentes cada una al 12,50% del monto emitido y ajustado por el CER, con vencimiento la primera de ellas el 3 de agosto de 2003, y con un interés sobre saldos ajustados a partir de la fecha de emisión equivalente a la tasa del 2% anual, pagadero por semestre vencido, a entregarse por el importe convertido a pesos del depósito reprogramado (ver Arts. 3° y 11); y c) "*Bonos del Gobierno Nacional en Dólares Estadounidenses Libor 2005"*, a un plazo de 3 años y 3 meses, con vencimiento el 3 de mayo del 2005, amortizables en 3 cuotas anuales, iguales y consecutivas, equivalentes las dos primeras al 30% y la última al 40% del monto emitido, con vencimiento la primera de ellas el 3 de mayo de 2003, y con un interés sobre saldos equivalente al de los depósitos en euro dólares a 6 meses de plazo en el mercado intercambiario de Londres según la tasa Libor, pagadero por semestre vencido, a entregarse por el importe del depósito reprogramado, antes de su conversión a pesos (ver Arts. 4° y 12). Estos bonos sólo alcanzan a los titulares que: fuesen personas

físicas mayores de 75 años; hubiesen recibido las sumas depositadas en concepto de indemnizaciones o pagos de similar naturaleza en concepto de desvinculaciones laborales; o atravesasen situaciones en las que estuviera en riesgo su vida, su salud o su integridad física.

Finalmente, en lo que aquí interesa, el Poder Ejecutivo dictó el decreto **1836/02** que dispuso: a) A los titulares de Certificados de Depósitos Reprogramados (CEDROS) a que se refiere el tercer párrafo del Art. 6° del decreto 905/02, se les renovó la opción de recibir, a través de la entidad financiera, en dación en pago de esos certificados, títulos de la deuda argentina, esta vez denominados "*Bonos del Gobierno Nacional en Dólares Estadounidenses 2013*" – los que tendrán las mismas condiciones financieras que los "Bonos en Dólares 2012" del decreto 905/02, salvo en cuanto a las fechas de emisión (30 de octubre de 2002), vencimiento (30 de abril de 2013), pago de la primer cuota (30 de abril de 2006) y tope del 3% que se le puso a la tasa de interés (ver Art. 7°, inc. a) –, pero paralelamente se les acordó una nueva opción, la de recibir "*Letras de Plazo Fijo en Pesos*" (ajustables por el CER) – de similares condiciones que las de los bonos en dólares (ver. Art. 7°, inc. b, puntos I a VII) –, emitidas por los bancos depositarios, conjuntamente con una opción de conversión a moneda de origen (ver Art. 4°, incs. a y b, respectivamente); b) Se concedió también a los titulares de depósitos reprogramados la opción de cobrar en efectivo, a partir del 1° de octubre de 2002 (o antes, de estar operativas las cuentas libres del Art. 26 del decreto 905/02), hasta un monto de $ 7.000 (sin incluir el ajuste del CER), el que la entidad financiera, siempre que lo haga sin asistencia del Banco Central, puede extender hasta $ 10.000 (Art. 5°); c) Se dispuso que las entidades financieras debían otorgar a quienes optasen por los bonos en dólares "2013" una opción de venta de los cupones de los que se les asignasen, a un precio en pesos, a razón de $ 1,40 por cada U$S 1, ajustable por el CER (ver Art. 6°); d) Se estableció que quienes ya hubiesen optado por los bonos en dólares "2012" o "2005" del decreto 905/02 a optar, restituyendo estos títulos, por las *"Letras"* en pesos del inc. b del Art. 4°, el *"cobro en efectivo"* del Art. 5°, o la *"opción de venta"* del Art. 6° (ver Art. 9°); e) Se facultó a las entidades financieras a ofrecer a los ahorristas beneficiarios de medidas cautelares la cancelación total o parcial de sus depósitos mediante la dación en pago de *"Bonos en Dólares Libor 2006*" – de similares condiciones a la de los "Bonos en Dólares Libor 2005" del decreto 905/02, salvo en cuanto a la fecha de emisión y vencimiento, que serán el 30 de octubre de 2002 y 30 de enero de 2006, respectivamente –, Art. 17).

11) Que para el abordaje de la cuestión constitucional a la que los antecedentes hasta aquí reseñados remite, resulta imperioso el retorno a la racio-

nalidad, a la prudencia y al respeto de la buena fe contractual entre las entidades bancarias y sus depositantes. En este cometido no debe olvidarse que el depósito – base de la presente demanda y cuya especificidad será tratada *ut infra* – goza de la protección otorgada por el Art. 17 de la Constitución Nacional a la propiedad privada.

Es que como desde antiguo ha señalado este Tribunal, el término propiedad utilizado por la Constitución comprende "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad" (Fallos: 145:307), de modo tal que la protección constitucional alcanza a los bienes que son susceptibles de valor económico, apreciables en dinero o el dinero mismo.

El Art. 14 de la Constitución declara que todos los habitantes tienen derecho a "usar y disponer de su propiedad" y el Art. 17 declara que "es inviolable" y que "ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley". "La expropiación por causa de utilidad pública – añade – debe ser calificada por ley y previamente indemnizada" y la "confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino".

12) Que si bien es claro que el crédito de la actora contaba con suficiente amparo constitucional, el Congreso quiso añadirle una protección específica al sancionar la ley 25.466 al disponer que todos los **depósitos** captados por las entidades financieras autorizadas para funcionar por el Banco Central, fuere en pesos o en moneda extranjera, a plazo fijo o a la vista, debían ser considerados *intangibles*.

Esta ley, como se expresó, **innecesaria** a la luz de los Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, fue sancionada con la finalidad de garantizar el respeto por los depósitos. Tal como se señaló en el precedente "San Luis" y de ello dan cuenta los debates parlamentarios, frente a las especulaciones que se habían generado en la opinión pública – "desde la devaluación de nuestra moneda, confiscación de los depósitos, hasta una moratoria en el pago de las obligaciones por parte del Estado Nacional", el Congreso juzgo necesario "...llevar un mayor grado de certidumbre a los inversores y a la población en general (...) de manera de evitar así que continúe un estado deliberativo cuya incertidumbre conlleve a una mayor disminución de los depósitos y reservas...", ya que "...como la confianza en el sistema de crédito es un ingrediente crucial, sin el cual el sistema financiero dejaría de existir, el Estado se transforma en un celoso regulador de las entidades tomadoras de depósitos, para

resguardar los fondos de los administrados", en la medida que "...tal intromisión regulatoria del Estado podría dar lugar a abusos que, so pretexto regulatorio, terminen resultando confiscatorios para los dueños de los depósitos".

13) Que la ley 25.466, antes que al afianzamiento de la protección de los depositantes los condujo a una celada, con menosprecio al principio de la buena fe que debe presidir el comportamiento estatal como se destacó en la ya mencionada causa "San Luis". El orden jurídico de la Nación debe proteger la confianza suscitada por el propio comportamiento del sujeto, ya que resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Y, sin dudas, el mal es mayor cuando quien defrauda la confianza es el mismo Estado.

14) Que el decreto 214/02 no supera el test de constitucionalidad, ya sea que se lo considere un decreto delegado o bien un decreto de necesidad y urgencia.

En efecto, en la primera de las hipótesis, su Art. 2° excede los términos de lo delegado por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la ley 25.561, que sólo lo autorizó para fijar el tipo de cambio de las monedas extranjeras, pero no lo facultó en cambio para convertir a pesos los depósitos constituidos en tales divisas. La delegación sólo autorizaba al Poder Ejecutivo a reestructurar los depósitos a fin de preservar el capital de los ahorristas, tal como surge del texto de la citada ley 25.561 y de la inequívoca voluntad expresada por los legisladores durante el debate parlamentario. La ley 25.561 en lo que aquí interesa, suspendió la vigencia de la ley 25.466. A la par y con arreglo a lo dispuesto en el Art. 76 de la Constitución Nacional, esta ley declaró la emergencia nacional y estableció las bases bajo las cuales el Poder Ejecutivo debía ejercer las facultades delegadas.

15) Que la voluntad del legislador en cuanto al alcance de la delegación conferida a favor del Poder Ejecutivo, surge clara del debate parlamentario, en tanto que si alguna conclusión puede extraerse de su lectura, esta es que debía mantenerse a los fines de la restitución, la moneda original de la imposición. Bastan, en efecto, las expresiones de los senadores Maestro y Baglini reseñadas en la causa S. 173 XXXVIII. "San Luis", voto del juez Fayt.

En conclusión, el Art. 2° – y concordantes – del decreto 214/02, excede claramente la delegación que el Congreso efectuó en el Poder Ejecutivo a través de la ley 25.561. Esta lo autorizó para fijar el tipo de cambio de las monedas extranjeras pero no para convertir a pesos los depósitos que se encontraban constituidos en dichas divisas. Reestructuración y preservación del

capital de los ahorristas son el mandato que surge claramente del texto de la ley y de la voluntad del legislador durante el debate parlamentario.

16) Que en cuanto a la validez del decreto considerado como de necesidad y urgencia (Art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional) corresponde remitir en razón de brevedad a las consideraciones efectuadas por el juez Fayt en Fallos: 326:417.

17) Que con relación a las normas legales que habrían ratificado el cúmulo normativo emanado del Poder Administrador (ver últimos párrafos de los cap. IX y X del dictamen que antecede), debe señalarse que como principio, el legislador está facultado para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al gobierno de la Nación. En correspondencia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución, aquél cuenta con las facultades constitucionales necesarias para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar cuanto ponga en peligro la subsistencia del Estado. Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, tal como lo ha decidido reiteradamente esta Corte en precedentes de innecesaria cita.

En esencia, se trata – como se ha reconocido desde el siglo pasado – de hacer posible el ejercicio de las facultades indispensables para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías, además de correr el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional (Fallos: 172:21).

18) Que en ese sentido cabe recordar lo dicho por Horacio R. Larreta, en su dictamen del 6 de septiembre de 1934, en el recurso extraordinario deducido por Oscar A. Avico contra Saúl C. de la Pesa sobre consignación de intereses, enumeró los cuatro requisitos que debe llenar una ley de emergencia para que su sanción esté justificada, y que ya habían sido mencionados por el *Chief Justice Hughes*, en el caso "**Home Building v. Blaisdell**": "Es necesario para ello: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la

ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria. El juez *Hughes*, presidente del tribunal, apoyó su voto en estos fundamentos: "Si el Estado tiene poder para suspender temporalmente la aplicación de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas, como terremotos, etc., no puede darse por inexistente ese poder cuando una urgente necesidad pública que requiere el alivio es producida por causas de otra índole, como las económicas. No sólo se invocan en los contratos las leyes existentes a fin de fijar las obligaciones entre las partes, sino que se introducen en ellos también las reservas de atributos esenciales del poder soberano, como postulados del orden legal. El criterio de proteger a los contratos contra su invalidación presupone el mantenimiento de un gobierno en virtud del cual son valederas las obligaciones contractuales. Dicho gobierno debe retener la autoridad adecuada para asegurar la paz y el buen orden de la sociedad. Este principio de armonizar las prohibiciones constitucionales con la necesaria conservación del poder por parte del Estado ha sido reconocido progresivamente en las decisiones de esta Corte. Aunque se evite una sanción que pudiera permitir al Estado adoptar como política el repudio de las deudas o la destrucción de los contratos, o la negación de los medios para llevarlos a la práctica, no se deduce de ellos que no hayan de producirse situaciones en las que la restricción temporal de esos medios no cuadre con el espíritu y el propósito del artículo constitucional. Recordando la advertencia de *Marshall*, agregaba el juez *Hughes*, que no hay que olvidar que la Constitución fue sancionada con el propósito de que rigiera en épocas venideras por lo que su interpretación debe adaptarse a las crisis que sufren las relaciones humanas".

19) Que el juez *Hughes* en el fallo referido, resumiendo las decisiones de la Corte Suprema americana dijo: "es manifiesto, de la revista que hacemos de nuestras decisiones que ha habido una creciente valorización de las necesidades públicas y de la necesidad de encontrar fundamento a una avenencia razonable entre los derechos individuales y el bienestar público. La limitación del dominio público, la presión del constante aumento de la población, la interdependencia de las actividades de nuestro pueblo, y la complejidad de nuestros intereses económicos, han conducido inevitablemente hacia una creciente utilización de la organización social, con el objeto de proteger las bases mismas de la actividad individual. Donde, en tiempos pasados, se pensaba que sólo los negocios (o asuntos) de los individuos o de las clases sociales estaban comprometidos y que los del Estado apenas estaban remota-

mente rozados, posteriormente se ha encontrado que estaban directamente afectados los intereses fundamentales del Estado; y que la cuestión ya no es más solamente la de un contratante contra otro, sino del uso de los medios razonables para salvaguardar la estructura económica sobre la cual reposa el bienestar de todos. No es admisible la réplica de que esta necesidad pública no fue comprendida (o sospechada) un siglo ha, ni insistir en que aquello que significó el precepto constitucional según el criterio de entonces, deba significar hoy según el criterio actual (‘*vision of our time*’). Si se declarara que la Constitución significa hoy, lo que significó en el momento de su adopción, ello importaría decir que las grandes cláusulas de la Constitución deben confinarse a la interpretación que sus autores les habían dado, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo, y ello expresaría su propia refutación. Para prevenirse contra tal concepto estrecho, fue que el presidente de la Corte, *Mr. Marshall* expresó la memorable lección: ‘No debemos olvidar jamás que es una constitución lo que estamos interpretando (M. Culloch v. Maryland, 4 Wheat 316, 407) una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos’. Cuando consideramos las palabras de la Constitución, dijo la Corte, en ‘Misouri v. Holland’, 252 U.S. 416, 433, debemos darnos cuenta (o hacernos cargo: ‘realize’) que ellas dieron vida a un ser cuyo desarrollo no pudo ser previsto completamente por sus creadores mejor dotados... El caso que examinamos debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia...”.

20) Que tanto en nuestro derecho como en el de los Estados Unidos de América, las leyes dictadas en situaciones de emergencia, no se consideraron extramuros de la Constitución Federal por desconocimiento del derecho de propiedad, cuando se limitaron a no suspender indefinidamente la ejecución de los derechos del acreedor, ni dificultaron el cumplimiento de las obligaciones con plazos excesivamente largos. Es que no está en juego el dominio eminente del Estado, sino los límites del poder de policía con vistas a todas las grandes necesidades públicas. Y ese límite, del cual nunca podrá pasar, es el de la propiedad privada no susceptible de ser tomada sin declaración de utilidad pública y previamente indemnizada. De ahí que la validez constitucional de estas leyes se sustenta en que no afectan el contenido mismo de la relación jurídica, ni ninguna de las partes constitutivas de la obligación. “En situaciones de emergencia o con motivo de ponerles fin, se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes, siempre que no se altere su sustancia, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole”. Sólo se ha exigido que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías

individuales o las restricciones que la Constitución contiene en salvaguardia de las instituciones libres.

21) Que esta Corte ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se alteres la sustancia de unos y otras (Fallos:243:467), a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (Fallos:238:76). En estos casos, el Gobierno "está facultado para sancionar las leyes que considere conveniente, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que contiene la Constitución". "No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado" (Fallos: 171:79) toda vez que "acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios" (Fallos: 238:76). La distinción entre la sustancia de un acto jurídico y sus efectos contribuye a la transparencia de la doctrina de la legislación de emergencia, admitiendo la constitucionalidad de la que restringe temporalmente el momento de ejecución del contrato o la sentencia, "manteniendo incólume y en su integridad la sustancia de los mismos, así como la de los derechos y obligaciones que crean o declaren". Que "(e)n tiempos de grave trastorno económico-social, el mayor peligro que se cierne sobre la seguridad jurídica no es el comparativamente pequeño que deriva de una transitoria postergación de las más estrictas formas legales, sino el que sobrevendría si se las mantuviera con absoluta rigidez, por cuanto ellas, que han sido pensadas para épocas de normalidad y sosiego, suelen adolecer de patética ineficacia frente a la crisis". En un estado de emergencia, cuya prolongación representa, en sí misma, el mayor atentado contra la seguridad jurídica" (Fallos: 243:479, 481, considerandos 14 y 19).

22) Que el derecho de "emergencia" no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda. Arribar a la unión nacional no fue tarea fácil, como no lo fue establecer la Constitución (Fallos:191:388). Junto a derechos cuyo goce la Constitución establece para todos los habitantes, ella agrega que tal goce se hará conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (Art. 14) sin desnaturalizar a aquéllas (Art. 28), y se refiere a la unión nacional, a la forma de gobierno y a la organización de los poderes, y se proyecta para nuestra posteridad, es decir, que erige una organización nacional cuya vitalidad es tan esencial como aquellos derechos particulares, como que en ella descansa la efectiva seguridad de éstos. Es por esto que el bienestar que

tiene en miras es el bienestar general, entendido como marco y no como negación del particular.

Hay pues en la Constitución Nacional contenidos derechos y proyectos de alcance diferente. La cuestión es, para los jueces, determinar la legitimidad de la extensión que se les haya concedido en cada caso. El problema, pues, no se circunscribe al análisis del ejercicio del poder de policía, sino que reside en un juicio axiológico en el que están involucrados principios constitucionales diversos y que debe resolverse atendiendo a las circunstancias de la causa.

23) Que sobre la base de esta consolidada doctrina de la emergencia, el Tribunal sostuvo en el recordado caso "Peralta", que "al acudir a ese medio de pago" – se refería a los "Bonos Externos 1989" – se produjo una reprogramación de vencimientos, mas no necesariamente una *"quita"* como podría haberse supuesto en un primer y superficial análisis de la cuestión. Y añadió: "En definitiva, de las medidas adoptadas por el gobierno no resulta menoscabo de la propiedad protegida por el Art. 17 de la Constitución Nacional. Porque, como se expuso al examinar genéricamente los distintos problemas que plantea la 'emergencia', no *hay violación del Art. 17 citado cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de esa propiedad*. Antes bien, hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradojalmente, también está destinada a proteger los derechos presuntamente afectados que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación del sistema económico y financiero".

24) Que esta Corte al pronunciarse respecto de la validez constitucional de la legislación de emergencia financiera dictada entre el 1° de diciembre de 2001 y el 1° de febrero de 2002 – previo al dictado el decreto 214/02 – , entendió que ni aun con la extensión reconocida a los poderes del Estado para afrontar emergencias de carácter económico (causa "Smith"), las disposiciones cuestionadas podían reputarse compatibles con la Constitución Nacional. En efecto, y contrariamente a lo que ocurría en Fallos: 313:1513, no se preserva sino que **se destruye** 'el valor...de la moneda' que 'es lo que interesa y no puede perderse de vista sin riesgo de incurrir en conclusiones equivocadas'. "Por lo demás [se añadió] una justa apreciación del medio concreto elegido por el Estado Nacional como paliativo de la crisis a fin de decidir sobre su compatibilidad constitucional no puede ser examinada con pres-

cindencia del conjunto de las medidas adoptadas. Desde tal enfoque, es menester destacar que la imposibilidad de disponer íntegramente de los ahorros e inversiones es sólo una de las variadas restricciones al uso y goce de los recursos monetarios amparados por el derecho a la propiedad desde que la generalidad de las personas físicas y jurídicas ven cercenadas también la libre disponibilidad a la extracción íntegra de los importes correspondientes a remuneraciones y jubilaciones... *Frente a tan singular realidad, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, sumada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento. El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aun en estas situaciones, ...el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el Art. 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común.* La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los Arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica" (voto del juez Fayt, *in re* "Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos 'Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional'" Fallos: 325:28).

25) Que en síntesis no puede discutirse que la legislación impugnada ha operado una transformación en la sustancia del derecho afectado que la torna inválida frente a la Constitución Nacional.

La conversión en pesos de los depósitos en moneda extranjera dispuesta por el Art. 2° del decreto 214/02, permite que el depositario – deudor de la obligación de devolver el mismo bien que le fue entregado – cumpla con ella, entregando un bien de valor sensiblemente inferior. De esta conversión obligatoria deviene una **quita** que, como tal, resulta – utilizando la expresión de Fallos: 313:1513 – irremediablemente confiscatoria. Los hechos de autos revelan paradigmáticamente una situación en que el Estado no suministra un remedio para paliar una situación de emergencia sino que decide **mutar** la sustancia o esencia del derecho adquirido. De consuno con los principios expuestos y, encontrándose la legislación cuestionada a extramuros de la Constitución Nacional, debe entendérsela inválida. No conmueven esa conclusión las soluciones complementarias contenidas en las normas dictadas con posterioridad al decreto 214/02 ya consideradas en el precedente de Fallos: 326:417, voto del juez Fayt, como las dictadas luego de emitido ese pronunciamiento y que no logran conjurar los efectos nocivos de la pesificación.

Por lo demás, la intervención del legislador al ratificar las decisiones del Poder Administrador – en lo que en este caso es materia de debate – no aventa la tacha de inconstitucionalidad, en tanto la sustancia de los derechos en juego se ha visto afectada en un grado tal que este Tribunal no puede consentir.

26) Que la especificidad exigible en este pronunciamiento impone recordar que el depósito de dinero constituye un contrato comprendido dentro de la categoría de depósito irregular, conforme expresamente lo dispone el artículo 2189, inc. 1ro. del Código Civil. El depósito voluntario es irregular cuando la cosa depositada fuese dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones del artículo 2188, inc. 2°, aunque no concediere tal uso y aunque se lo prohibiere.

El elemento distintivo de la figura en examen consiste en la transmisión del dominio de la cosa depositada en el depositario, otorgándose a este último el "uso", directa o indirectamente (artículos 2188 y 2189, inc. 1, Código Civil). Al presentarse tal peculiaridad, el depositario queda obligado a restituir al depositante una cantidad u otro tanto como lo depositado, debiendo ser de la misma especie (artículo 2220 Código Civil). Conforme dicha norma, el depositario asegura la restitución en cantidad y calidad de la masa de cosas fungibles; aunque no se trate del mismo cuerpo (el *idem corpus*), pero sí de igual cantidad respetando el género y la calidad (*tantudem eiusdem generis et qualitatis*). El depósito irregular, en consecuencia, constituye una relación regida, en cuanto a su naturaleza, por las normas del contrato de depósito, subsumible dentro de la categoría de contratos de custodia. Ello así por concordar con el objeto – fin perseguido por las partes: la custodia o guarda de la cosa, conforme el Art. 2182 del Código Civil.

Con respecto a los depósitos de dinero en entidades financieras, el artículo 2185 inciso 4° del Código Civil, así como el artículo 579 del Código de Comercio, establecen que las reglas del contrato de depósito se aplican sólo en forma subsidiaria, es decir, en defecto de la legislación especial, a los efectos de los depósitos bancarios. Sin embargo las características de la relación contractual delimitadas sobre la base de su naturaleza permanecen incólumes. Los depósitos de dinero a la vista y a plazo, en consecuencia, son comprendidos por esta última categoría.

De tal modo, la base normativa del principio del esfuerzo compartido (Art. 11 de la ley 25.561) no resulta aplicable a las obligaciones vinculadas al

sistema financiero. Ello así por cuanto el Capítulo III del Título IV de la ley 25.561, en cuyo artículo 11 se hace referencia al principio señalado, expresamente indica que el ámbito de aplicación se encuentra constituido por las "obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero", por lo que no quedarían comprendidos los depósitos de dinero en entidades bancarias, que actúan dentro del marco de tal sistema.

En el particular caso del depósito de dinero, al subsumirse la figura contractual dentro de las pautas del contrato de depósito irregular, cuyo objeto-fin se encuentra constituido por la obligación de "custodia" o "guarda" de la cosa entregada, la obligación del depositario de restituir "otro tanto de la cantidad depositada, o a entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie" (artículo 2220 Código Civil) reviste preponderancia, de lo que se concluye que no resulta acorde a la naturaleza de la relación contractual la aplicación del principio del esfuerzo compartido.

27) Que establecido lo anterior, corresponde ahora determinar la forma en que deberá ejecutarse esta sentencia. No se le escapa al Tribunal que la gravísima crisis que atraviesa la economía nacional y los varios millares de causas judiciales que fueron promovidas como consecuencia de las medidas aquí cuestionadas, exigen arbitrar un cumplimiento ordenado del mandato consagrado en este pronunciamiento. Por ello, la ejecución de las decisiones judiciales en estas circunstancias debe efectuarse cuidando que a la par de restablecer la vigencia de los derechos conculcados, no se convierta paradojalmente en un medio que en la realidad los frustre.

28) Que a ese fin el derecho comparado, bien que en sistemas tributarios de un control de constitucionalidad muy diferente al nuestro – como las de España, Italia, Alemania y Colombia – han ido desarrollando diversas técnicas que actúan sobre los efectos de las sentencias. En España se ha sostenido en términos generales que "la consecuencia más significativa que se deriva del principio de conservación de la ley es la posibilidad de que su enjuiciamiento no concluya exclusivamente con una simple declaración de conformidad o disconformidad de la ley con la Constitución. Entre uno y otro extremo *existe un abanico de posibilidades* que van desde las denominadas sentencias interpretativas de rechazo hasta las aditivas y manipuladoras, pasando por declaraciones de mera anulabilidad de la norma legal impugnada" (Caamaño Domínguez, Francisco; Gómez Montoro, Angel J.; Medina Guerrero, Manuel y Requejo Pagés, Juan Luis, *Jurisdicción y procesos constitucionales* Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 44). En Italia, la Corte Constitucional ha desarrollado en los últimos años instrumentos más refinados para abordar los pro-

blemas del control de constitucionalidad de las leyes y a fin de ajustar el impacto de las sentencias que declaran la invalidez de las normas impugnadas (Nardini, William J., "Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America fron the Italian Constitucional Court", en 30 "Seton Hall Law Review" 1). En Alemania, se fijan plazos y pautas para que el Parlamento – *Bundestag* – corrija la norma inconstitucional y también se han elaborado otras técnicas a fin de "suavizar el impacto político de sus decisiones" o "evitar el caos político o económico que podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad (Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2da. edición, Duke University Press, Durham-London, 1997, pág. 53). En Colombia, por último se ha considerado que "el juez constitucional no está atrapado en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad en forma inmediata (sentencia de inexequibilidad)". La Corte Constitucional de dicho país "debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En tales circunstancias, no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexequibilidad, por la sencilla razón de que puede ocurrir que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales" (Corte Constitucional de Colombia causa C-141/01, fallada el 7 de febrero de 2001, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

29) Que ya más cercana a nuestra tradición, la Suprema Corte de los Estados Unidos al decidir "*Brown v. Board of Education*" (349 U.S. 294) tras declarar que la discriminación racial en la educación pública era inconstitucional, señaló que "la implementación plena de estos principios constitucionales puede requerir la solución de variados problemas escolares locales". "Los tribunales – dijo – requerirán a los demandados que den *un pronto y razonable inicio hacia el completo cumplimiento de la decisión*" y que "una vez que tal comienzo haya sido efectuado, los tribunales pueden encontrar que es necesario un plazo adicional para llevar a cabo la decisión en forma efectiva". "La carga de la prueba para acreditar que ese plazo es necesario en el interés público y es compatible con un cumplimiento de buena fe practicable en la fecha más próxima posible – precisó – pertenece a los demandados. A ese fin, los tribunales pueden considerar problemas relacionados con la administración, que surjan de la condición física de los edificios escolares, del sistema de transporte escolar, del personal, o de la revisión de distritos escolares y áreas de asistencia en unidades compactas, para lograr un sistema

de admisión a las escuelas públicas sobre bases no raciales, y la revisión de leyes y regulaciones locales que pueda ser necesaria para solucionar los problemas precedentes. Considerarán también la adecuación de cualquier plan que los demandados puedan proponer para enfrentar estos problemas y efectuar una transición a un sistema escolar racialmente no discriminatorio".

30) Que la preocupación por las dificultades materiales y jurídicas que pudieran obstar al cumplimiento eficaz de las decisiones del Tribunal y de la filosofía que las inspira, cuando – como en el caso – dispone la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general, tampoco ha sido ajena a su jurisprudencia. En este sentido, corresponde recordar la sentencia recaída *in re* "Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo" del 9 de abril de 2002. Tras afirmar que "reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo" y declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, este Tribunal decidió "*urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados y en este marco, esta Corte considera prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses*".

Más recientemente, en la causa V.967.XXXVIII. "Vizzoti, Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", sentencia del 14 de septiembre de 2004, esta Corte tras declarar la inconstitucionalidad de los topes establecidos por ley, dispuso que debía aplicarse "*la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del ... Art. 245 de la ley de contrato de trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable*". Así estableció "*una pauta... teniendo en cuenta los principios que han venido siendo enunciados... cuestión que sólo puede estar regida por la prudencia y los imperativos de justicia y equidad...*".

31) Que a esta altura del discurso y en virtud de lo hasta aquí señalado, corresponde determinar el modo en que debe ejecutarse la sentencia. En primer lugar, debe exhortarse a los **jueces de grado** para que hagan uso de todas las facultades que las leyes procesales les acuerdan para acercar las posturas de las partes y buscar fórmulas de ejecución respetuosas de las particularidades de cada caso (Art. Art. 558 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Podrán, asimismo, disponer el cumplimiento íntegro de la obligación cuando existan razones humanitarias. De no existir estos motivos, y a los fines de conceder plazos razonables para el cumplimiento, habrán de considerar, especialmente, la situación personal de los ahorristas, el monto del depósito, la protección cautelar que hubieran obtenido en etapas anteriores del

proceso y la conducta del demandado para cumplir de modo cabal y de buena fe la obligación impuesta por la sentencia.

32) Que en suma, teniendo en cuenta la actual coyuntura económica, esta Corte considera que si bien la sustancia de los derechos en juego se vio claramente degradada por las normas declaradas inconstitucionales, el modo de cumplimiento decidido por el *a quo* podría significar un retorno a la álgida situación ya descripta. Es por ello que con carácter indicativo, este Tribunal entiende que los jueces podrán disponer – a los fines de la *exequibilidad* de sus decisiones – que los bancos reintegren los depósitos en su moneda de origen, acreditándose mensualmente un porcentaje en la cuenta de los actores, dentro de las siguientes opciones 1°) 25 cuotas mensuales del 4% del depósito; 2°) 50 cuotas del 2% y 3°) 75 cuotas del 1,34% del depósito, más sus intereses. Y ello, claro está, sin perjuicio de la articulación de las instancias recursivas pertinentes, incluida la de esta Corte.

Por ello, oído el señor Procurador General, se resuelve confirmar parcialmente la sentencia apelada, con el alcance indicado en los considerandos 31 y 32. Costas por su orden en todas las instancias. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. CARLOS S. FAYT.

Es copia

Recurso extraordinario interpuesto por la Procuración del Tesoro de la Nación, representada por el doctor Fabián Alfredo Salomón.

Recuso extraordinario interpuesto por el Banco de Entre Ríos S.A. (B.E.R.S.A.), representado por los doctores Elvio A. Lenarduzzi y Edgardo O. Lenarduzzi.

Recurso extraordinario interpuesto por el BBVA Banco Francés S.A., representado por el doctor Esteban Pablo Quinodoz.

Traslado contestado por Alberto Bustos, Ramón Giacchi, Graciela Dappen y Luz Don, patrocinados por el doctor Marcelo Baridón.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Paraná.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Federal de Primera Instancia de Paraná.

DERECHO Y CULTURA

Por Miguel Angel Ciuro Caldani (*)

1. NOCIONES FUNDAMENTALES

1. La vida del hombre es específicamente cultural, o sea referida con más intensidad a la realización de valores. Sin abrir aquí juicio sobre la existencia de Dios, vale reconocer que la Divinidad como la concibe la tradición judeocristiana es una identificación del Ser y el Valor y que los seres inferiores, animales, plantas, etc., no parecen tener análoga intensidad en la proyección hacia los valores.

Una de las expresiones más relevantes de la cultura es el Derecho (1). Nombres tan ilustres como los de los filósofos generales Hegel y Marx o del jusfilósofo Stammler están estrechamente relacionados con los esfuerzos para comprender la posición del Derecho en el conjunto del mundo de la cultura. A veces el Derecho es considerado aisladamente en una simplicidad pura,

---

(*) Miembro correspondiente en Rosario.

(1) En relación con el tema, cabe tener en cuenta por ej. nuestros libros Estudios Jusfilosóficos, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, esp. págs. 71 y ss.: Perspectivas Jurídicas, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, esp. págs. 81 y ss.; Filosofía, Literatura y Derecho, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1983 y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94. Asimismo "Guía de la integración del Derecho y la Literatura" en investigación y Docencia, Nº 16, págs. 21 y ss.; "Notas jusfilosóficas sobre las raíces populares de la cultura y las "letras" de los tangos "Sus ojos se cerraron" y "Cambalache", en Boletín del Centro de investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 6, págs. 17 y ss.

como la de la obra kelseniana, o se lo disuelve en complejidad impura con el resto de las expresiones culturales, según ocurre a menudo en las referencias economicistas de las tendencias utilitarias y en el movimiento critico, con particular intensidad cuando en éste intervienen perspectivas estructuralistas. Sin embargo, entendemos que el fenómeno jurídico ha de ser comprendido en una complejidad pura como parte diferenciada e integrada del mundo de la cultura.

El Derecho se constituye en vinculación con las otras manifestaciones de la cultura, como la economía, el arte, la ciencia, la técnica, la filosofía, la religión, la educación, etc. y también contribuye a producirlas. No es posible comprender el mundo jurídico sino reconociendo sus relaciones con el resto del mundo cultural, ni comprender el resto del mundo de la cultura sin reconocer sus vinculaciones con el mundo jurídico.

2. Los ejemplos de las relaciones entre Derecho y cultura serían obviamente infinitos, pero algunos pueden servir para ilustrarlas suficientemente. Para comprender mejor el proceso de formación del Estado moderno y de desenvolvimiento de los Derechos particulares estatales, predominando sobre el Derecho común, hay que relacionarlo con la aparición del capitalismo y el deseo de la burguesía de disponer de los mercados nacionales, con la Reforma, con la consolidación de las lenguas y las literaturas nacionales y con planteos como los de *Fuenteovejuna, El alcalde de Zalamea.* etc.

Para comprender mejor el Código Napoleón, con su sentido de razón mandada al servicio de la propiedad privada y de la libertad de contratación, hay que reconocerlo en el marco de la vertiente francesa de la cultura occidental, con sus raíces grecorromanas y judeocristianas y en relación con el capitalismo, un catolicismo que en cierto grado había recibido la influencia del calvinismo, el pensamiento cartesiano, la vocación racional y empírica del Iluminismo, el arte neoclásico, etc.

Sólo a la luz de la diferenciación de la historia y el porvenir de Francia en relación con los de Alemania, al fin menos católica y más luterana, menos romana y más germánica, menos empírica e ilustrada y a la vez más racional, abstracta y más romántica, menos capitalista y más feudal, se comprenden las diversidades entre el Código Civil francés y el Derecho territorial prusiano de 1794, con sus sentidos más comunitarios, corporativos y paternalistas e incluso entre la obra napoleónica y el Código Civil alemán de 1896.

La tensa relación entre el ser y el deber ser, planteada en el pensamiento jurídico del siglo XVI entre "El Príncipe" y la "Utopía", se aclara con la sed insaciable de riquezas y de aventuras con las ansias de saber, con el apego a la perfección en la figura humana, con una literatura referida a la posición del hombre que, a comienzos del siglo siguiente, produjo desarrollos como el de las pasiones recordadas en *Macbeth* o la escisión entre realidad e idealidad de *Don Quijote.* Al fín, todo es expresión del naciente antropocentrismo moderno(2).

Si quisiera comprenderse sintéticamente la juridicidad europea de la modernidad en un recorrido que pasara por Inglaterra, Francia, Alemania y Rusia, transitando desde el *common law* al Código Napoleón, al Código Civil de 1896 y a la sucesión del régimen zarista y el régimen soviético, habría que hacerlo en relación con el desarrollo decreciente, tardío e incluso quizás inexistente del capitalismo en las regiones a transitar, con las religiosidades calvinista, anglicana y católica, luterana y ortodoxa, con las ideas de Occam y Hume, de Descartes, de Leibniz y Hegel, de Dostoievski y Tolstoi (3).

Para comprender el Derecho del tiempo actual llamado de la "posmodernidad" con su avance de la autonomía de las partes, a veces con sentido "universal", es decir sin sujeción a ninguna estatalidad del mundo, con la relativa crisis del Estado nacional, con las privatizaciones, con el proceso de descodificación y el progreso de la jurisdicción arbitral, hay que reconocerlo en el marco de una realidad de capitalismo avanzado, superficialmente diversificado para aprovechar todas las posibilidades del lucro, pero profundamente uniforme en el reinado de la utilidad, una realidad donde a diferencia del mundo estatal e internacional se introducen fuentes de energía "no convencionales" e imperan las empresas transnacionales, se defiende un equilibrio monetario mundial, se difunden los medios de comunicación de masas y la telemática, las comunicaciones supersónicas y satelitales, donde se impone una lengua universal, se derrumban las expresiones artísticas folklóricas, la ciencia es absorbida por la técnica y en la filosofía se han difundido las expresiones lógicas (a menudo de lógica simbólica) y de moral consensualista de la filosofía analítica y la crítica débil que, sin embargo, proclama el fin del

---

(2) Ver nuestro artículo "Notas para una comprensión jusfilosóficas del Quijote", en *Boletín del Centro de Investigaciones...,* cit., Nº 9, págs. 19 y ss.

(3) Ver nuestro artículo "Filosofía y método del Derecho Comparado", en *La Ley,* 1989-C, págs. 1080 y ss.

(4) Ver nuestro artículo "Panorama trialista de la Filosofia en la postmodernidad", en *Boletín del Centro de Investigaciones,* cit., Nº 19, págs. 9 y ss.

"mito" —sobre todo moderno— del sujeto consciente (4). Comprender el Derecho de la posmodernidad exige reconocer, pese a las influencias recíprocas entre el *common law* y el sistema "continental" romano-germánico, la fuerte presencia de la cultura anglosajona, tan nítidamente caracterizada en los rasgos de la lengua inglesa, informal y utilitaria.

No es viable comprender acabadamente los procesos de integración ocurridos en estas décadas sin reconocer los grandes obstáculos que debieron superar para integrarse áreas culturales tan diversas como la francesa *y* la alemana y advertir que esa superación se produjo en un momento muy particular de la historia, con la amenaza de la marginalidad y el derrumbe de la región: sin entender que el aparato institucional desarrollado al calor del empuje racional de la cartesiana Francia y la leibniziana y hegeliana Alemania, no puede ser compartido por el NAFTA encabezado por la tradición empirista anglosajona de los Estados Unidos de América y sin advertir que el impulso de este proceso deberá salvar, al hilo de la economía, las diferencias entre el mundo angloafrancesado estadounidense y canadiense y el mundo hispanoindiano de los vecinos del sur.

No es posible comprender en plenitud las tensiones tradicionales de la juridicidad argentina, con escisiones como la del modelo rivadaviano y el modelo rosista, con el conflicto entre la implantación del Código Civil a impulsos del autor de *Facundo* y la protesta gauchesca del *Martín Fierro* —cuya primera parte apareció el año siguiente al de la entrada en vigencia de la obra de Vélez Sársfield—, con el enfrentamiento entre el modelo de 1880 y el primer modelo peronista, etc., sin reconocer que Argentina, a semejanza de muchos otros países relativamente dependientes, posee una cultura dividida entre el sector más individualista y capitalista angloafrancesado y el sector éste que en nuestro caso es comunitarista y —para algunos— de cierto modo "feudal" y cuyos orígenes hispánicos tradicionales fueron reforzados por la inmigración europea meridional (5).

Toda la Filosofía del Derecho encuentra notoria correspondencia en otras áreas culturales. El pensamiento jusfilosófico se plantea desde sus orígenes las tensiones entre el Derecho Positivo legislado, el Derecho Positivo consagrado históricamente y el Derecho Natural, pero quizás ya antes esos

(5) Ver nuestra *Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro "*, Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; también *Filosofía. Literatura y Derecho,* cit., págs. 101 y ss. ("Notas de un diálogo del "Facundo" y el "Martin Fierro").

conflictos quedaron presentados de manera inmortal en la Antígona de Sófocles (6).

3. La cultura forma un sistema en el que, por ejemplo, la economía somete el mundo a las necesidades del hombre, la ciencia, lo ilumina con miras al saber, el Derecho resuelve las relaciones interhumanas, la educación busca la expansión hacia mejores formas de vida, el arte pretende presentar lo inabordable y la "religión" vincula los diversos elementos: Todas las partes de la cultura se nutren recíprocamente, de modo que considerarlas sin comprender el sistema resulta una mutilación (7).

4. Según ya señalamos, el descubrimiento de la ubicación del Derecho en el ámbito general de la cultura depende en mucho no sólo de la noción de cultura sino de la noción de Derecho. Desde nuestro punto de vista, inspirado en la concepción tridimensional, la cultura y el Derecho tienen tres despliegues, uno fáctico de referencia a valores, otro lógico y otro axiológico, es decir, de los valores a los cuales se debe hacer referencia. Dentro de la concepción tridimensional del Derecho, que reconoce en él hechos, normas y valores, empleamos la teoría trialista del mundo juridico, fundada por Werner Goldschmidt en 1960 y desarrollada luego con diversos aportes, varios de los cuales se han fonnulado en Rosario, la misma ciudad donde viene siendo expuesta ininterrumpidamente desde su formulación inicial. Según la teoría trialista del mundo jurídico, éste consiste en un orden de repartos, captados por normas y valorados —los repartos y las normas— por la justicia (8). La riqueza de puntos de vistas del trialismo permite apreciar muy claramente la presencia de las otras expresiones culturales en el Derecho y la presencia de éste en las otras ramas culturales.

II. EL MUNDO JURIDICO Y LA CULTURA

1. Parte General

a) Dimensión sociológica

(6) Ver nuestras "Notas para la comprensión jusfilosófica de "Antígona" de Sófocles", en *Boletin del Centro de Investigaciones,* cit., Nº 2. págs. 29 y ss.

(7) Ver nuestro artículo "Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia", en *Zeus.* t. 29, págs. *175* y ss.

(8) En cuanto a la concepción tridimensional, cabe tener en cuenta v. *gr.* REALE, Miguel: *Teoría tridimensional do Direito.* 4ª ed., San Pablo. Sarai-

5. Para identificar la dimensión sociológica del mundo jurídico, la teoría trialista reconoce adjudicaciones de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser y en los seres animados a la vida. Estas adjudicaciones son juridicas cuando se relacionan con seres humanos. Las adjudicaciones jurídicas son repartos si provienen de la conducta de seres humanos determinables, realizando entonces el valor conducción, y son distribuciones cuando se originan en la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, satisfaciendo el valor espontaneidad. Los repartos constituyen el área central de la realidad social del Derecho y conjuntamente con las influencias humanas difusas son los despliegues más específicamente culturales. La naturaleza y el azar se culturalizan, porque el hombre les atribuye sentidos de valor.

La conducción repartidora se produce en un marco de adjudicaciones ya cargado de sentidos culturales; es decir económicos, artísticos, científicos, religiosos, etc., y a su vez influye en ese ámbito incorporando sus propios sentidos. Frente a la ilusión de que se conduce en el vacío, promovida a menudo por el normativismo y el jusnaturalismo radical, hay que asumir la realidad de que se conduce en un marco pleno de sentidos que a veces es posible cambiar, pero no es posible marginar. El complejo de la cultura es el tejido básico en que se producen los fenómenos jurídicos.

La conducción del Derecho se hace con fines no sólo jurídicos, sino también económicos, artísticos, científicos, religiosos, etc. y a su vez influye en la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc. El deseo de conducir a través de los repartos evidencia un estado de tensión, de insatisfacción respecto del resto de la cultura. No es por azar que la tensa e insatisfecha cultura occidental produce una muy especial intensidad en la vocación repartidora.

Para que haya conducción debe haber conciencia de la realidad en que se produce y ella depende en gran medida de datos científicos, al punto que en nuestros días las ciencias sociales y humanísticas han hecho posible que a menudo se sustituya la fuerza física más empleada en otras épocas. En el tiempo de los medios de comunicación de masas y del conocimiento telemá-

---

va, 1986. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al Derecho, 6ª* ed., *5ª* reimp. Bs. As., Depalma. 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel: *Derecho y política.* Bs. As., Depalma, 1976; *Estudios de Filosofia Jurídica y Filosofia Política.* Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

tico el recurso a la fuerza física es anacrónico, pero en cambio el Derecho puede ser apresado por la cultura de la economía y la técnica.

6. Los repartos se reconocen advirtiendo quiénes son sus repartidores, quiénes son recipiendarios, cuáles son los objetos (las potencias e impotencias) adjudicados, en qué forma se los decide, cuáles son los móviles de los repartidores, las razones que en su caso alegan y las razones que eventualmente les atribuye la sociedad cuando los considera valiosos. Nada de esto es reconocible sino en relación con el resto de la cultura.

Los repartidores no son siempre los que figuran en las normas, son los que realmente conducen. Para saber quiénes conducen, hay que reconocer quiénes toman las decisiones respecto de los valores a realizar. Detrás de quienes aparecen en las normas pueden existir repartidores ocultos que deciden las cuestiones económicas, artísticas, científicas, religiosas, etc. que se resuelven. Estos son los verdaderos repartidores y para descubrirlos hay que tener en cuenta todo cl panorama de la cultura.

Los recipiendarios tampoco son tales por figurar en las normas; lo son según reciban potencias o impotencias, motivos por los cuales se los denomina respectivamente beneficiados o gravados. Para reconocer el ámbito de los recipiendarios hay que averiguar quiénes se benefician y se perjudican en la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc.

Las potencias e impotencias sólo pueden reconocerse por sus sentidos vitales, que sólo es posible apreciar teniendo en cuenta el resto de la cultura. Las formas de los repartos son los caminos previos elegidos para llegar a su realización, y se diferencian según el grado de audiencia que tengan los protagonistas. Como hemos de señalar, los repartos son autoritarios o autónomos, o sea producidos por imposición o por acuerdo, y las formas respectivas, según haya o no audiencia, son principalmente el proceso o la mera imposición, la negociación o la adhesión. La conciencia para la gestión de la forma está en relación directa con la comprensión de la cultura en todas sus manifestaciones y para saber si alguien es “escuchado”, es imprescindible saber si son atendidos realmente sus sentidos culturales, es decir, económicos, artísticos, científicos, religiosos, etc.

Si las partes no son atendidas en sus múltiples sentidos culturales, no hay proceso y no hay negociación verdadera. Conviene tener en cuenta que “escuchar” o “atender” aquí significan mucho más que oír, requieren en definitiva considerar lo que la parte puede pretender sin siquiera saberlo. Un juez,

un legislador y un administrador que no comprendan o lleguen a comprender a través del trámite realidades de la economía, el arte, la ciencia, etc. no producen verdaderos procesos. Un negociador que no sepa lo necesario acerca de estas otras ramas culturales, no es verdaderamente tal y eso es importante también para el éxito en las tareas hoy crecientemente estimadas de la mediación. En otras épocas la religión se impuso a veces al proceso convirtiéndolo en mera imposición; en nuestros días es frecuente que la economía aprisione a la negociación haciéndola mera adhesión.

Los móviles que impulsan a los repartidores, las razones que alegan para justificar sus repartos y las razones que puede atribuir la sociedad, suelen provenir también de otras áreas culturales. El grado de lucidez al respecto depende de la claridad de comprensión que se tenga de los despliegues metajurídicos, o sea económicos, artísticos, etc. Un repartidor que quisiera poseer sólo conciencia jurídica de sus decisiones no tendría siquiera conciencia jurídica.

En suma, para reconocer los alcances de los repartos hay que saber cómo se resuelven los problemas económicos, artísticos, científicos, religiosos, etc. presentes en los casos. Un reparto es una recomposición de la cultura.

7. Los repartos pueden ser, como hemos señalado, autoritarios o autónomos, satisfaciéndose en ellos respectivamente los valores poder y cooperación. Para reconocer los orígenes y los alcances del poder y de la cooperación hay que apreciarlos en el resto de la cultura. El poder y la cooperación nacen de la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc.

El empleo del poder está en relación directa con el desacuerdo que nace en gran medida de las otras áreas de la cultura. Que haya acuerdo quiere decir, en profundidad, sólo que entre los protagonistas existe una coincidencia cultural, aunque ésta sea “desvaliosa”. Es posible que personas prisioneras de valores falsos, por ejemplo dominadas por los medios de comunicación, lleguen a acuerdos ilegítimos. Con gran claridad de comprensión, Francis Bacon dijo que ciencia es potencia; en realidad la economía, la ciencia, el arte, la religión, etc. son, en diversos grados, fuentes del poder y de la cooperación.

Mucho y muy notorio es lo que se polemiza respecto de las relaciones entre economía y poder. Socialistas y liberales suelen enfrentarse incansablemente al respecto. También es mucho lo que se discute, por ejemplo, acerca de los efectos del arte y la “religión” en la consolidación armoniosa o en el cuestionamiento del poder. Sería ingenuo no advertir la vinculación del des-

lumbramiento pretendido en el arte barroco con la consolidación del poder o la descompresión limitada que para aliviar la cultura permite e incluso promueve el capitalismo tardío a través de las manifestaciones artísticas de protesta y del movimiento filosófico crítico.

Hoy la generalizada referencia posmoderna a la economía se va traduciendo, como es inevitable, en el avance de la autonomía, aunque vale tener en cuenta si no se trata en realidad de un poder económico velado. La mayor prisión puede ser la ilusión de ser libre.

A su vez, el poder y la cooperación proyectan influencias en las otras áreas culturales distintas del Derecho. Múltiples fenómenos de poder han frustrado expresiones económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc

Quien sólo quiera reconocer el poder y la cooperación en los marcos jurídicos, estará muy lejos de comprenderlos y a menudo será impotente para realizarlos.

8. Los repartos pueden ordenarse al hilo del plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos repartidores (podría decirse quiénes mandan y con qué criterios mandan) y realiza el valor previsibilidad o a través de la ejemplaridad, que se desenvuelve según el esquema del modelo y el seguimiento según sentidos de razonabilidad y satisface el valor solidaridad. Un plan de gobierno no puede elaborarse lúcidamente ni puede llegar a estar en marcha sino en relación con las otras áreas culturales de la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc. La razonabilidad social también trasciende los valores jurídicos y se nutre de consideraciones económicas, artísticas, científicas, religiosas, etc.

Es importante reconocer, por ejemplo, la gran significación que tuvo la religión en el orden de repartos medieval, cuando la estructura de la Iglesia Católica fue el baluarte que quedó en pie al derrumbarse el mundo antiguo y el valor decisivo de la economía como soporte actual de regímenes jurídicos que, según ya hemos visto, así se permiten prescindir de la fuerza física.

La vocación por la planificación gubernamental suele provenir de la desconfianza en el resto de la cultura. El Derecho anglosajón confió crecientemente en la sociedad, en mucho en su economía, y por eso desarrolló el *common law* y el liberalismo que, con diversas perspectivas, limitaban la planificación. Hoy la planificación tiende a menudo a ser más empresaria que gubernamental.

Si el resto de la cultura influye en la ordenación del Derecho, también éste influye en el resto de la cultura, por ejemplo, consolidando o enfrentando los fenómenos económicos, artísticos, científicos, religiosos, etc.

9. El orden de repartos puede sufrir vicisitudes entre las que ocupa un lugar destacado la revolución. En ella cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. Es notorio que las revoluciones provienen a menudo de factores del resto de la cultura, como la economía, la religión, etc.

En el orden de repartos mundial se destacan tradicionalmente vicisitudes de paz y de guerra, pero con frecuencia unas y otras responden también a realidades económicas, religiosas, etc., que a su vez también son influidas por el Derecho.

10. Los repartos y su ordenación pueden tropezar con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas. A menudo estos límites se forman en el conjunto de la cultura, por ejemplo, en resistencias opuestas por la economía, la religión, etc. El régimen vive en relación con el complejo todo de la cultura.

La frecuencia con que se han producido revoluciones en los países del sistema "continental" romano-germánico debe ser tomada en cuenta como posible muestra de nuestras pretensiones jurídicas excesivas, que han marginado la importancia de otras áreas culturales. El derrumbe del sistema soviético, de cierto modo derivado del "continental" es, a nuestro entender, la más imponente expresión del fracaso de la intención de encauzar la economía y todo el resto de la cultura desde una estructura jurídica, aunque fuera siguiendo raíces culturales quizás inconmovibles del imperio de los zares y adoptando una fórmula de pretendida cientificidad económico-social. La impotencia de la Sociedad de las Naciones para evitar la Segunda Guerra Mundial y la gran dificultad actual para detener la guerra mundial "vicaria" que enfrenta a tres culturas en la ex-Yugoslavia son otros de los muchos ejemplos que podrían darse para mostrar que el Derecho a menudo no puede contener las grandes tensiones económicas, artísticas, religiosas, etc.

11. La dimensión sociológica del Derecho se desenvuelve según posibilidades y realidades y en relación con finalidades subjetivas y finalidades objetivas de los acontecimientos, y todas ellas se constituyen en el marco general de la cultura. En la vida jurídica lo posible y lo real, los fines de los sujetos y los sentidos de los acontecimientos, se desenvuelven en los marcos de la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc.

12. En definitiva, el jurista debe elaborar tácticas y estrategias exitosas que sólo son posibles si tiene en cuenta que el Derecho está vinculado como una de las áreas del mundo todo de la cultura. Sin desconocer la relativa autonomía que suelen tener las distintas áreas, vale comprender y movilizar el conjunto del "sistema" de cada cultura.

b) Dimensión normológica

13. Para comprender la dimensión normológica del mundo jurídico hay que reconocer a las nomas como captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros. Las construcciones normativas suelen ocultar muchas de las relaciones del Derecho con el resto de la cultura, pero al considerar su vinculación con los repartos en los que se originan esas relaciones surgen con gran nitidez.

Las fuentes reales de las normas son, como acabamos de señalar, los repartos. Entre ellas se destacan, por ejemplo, las constituciones, los tratados internacionales, las leyes, los decretos, las sentencias, los contratos, los testamentos, etc. En diversos grados, todas estas fuentes se vinculan con la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc. Pese a los diversos significados culturales de las distintas fuentes formales, es evidente que existen ciertas afinidades especificas y, por ejemplo, el empuje del contrato suele estar vinculado de manera particularmente estrecha con el despliegue de la vida económica. Es notorio que entre contrato y economía hay más afinidad que entre contrato y religión o entre economía y ley.

Según las épocas las fuentes formales tienen más o menos contenidos de cultura general. Luego de cierto período de pretensiones más estrictamente jurídicas, la conciencia de la problemática cultural general ha ampliado los alcances de las constituciones, los tratados internacionales, etc. que abordan crecientemente cuestiones económicas, científicas, artísticas, etc.

Un juez y un abogado lúcidos han de comprender los alcances de las sentencias, los contratos, etc. mucho más allá de los significados formales, aunque nada de esto legitimaría, por ejemplo, que la sentencia fuera entendida exclusivamente como un acto económico, científico o religioso.

En el marco de las fuentes de conocimiento, constituido por la doctrina, la apertura a la comprensión del Derecho en la cultura exige planteos interdisciplinarios, hacia dentro y fuera del marco jurídico.

14. Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan en repartos realizados es imprescindible que las normas funcionen. El funcionamiento de las normas requiere tareas muy diversas, de interpretación, determinación, elaboración, aplicación, conjetura, síntesis, etc. Para poder desarrollarlas también han de tenerse en cuenta todos los alcances del mundo cultural.

Por ejemplo, para interpretar es necesario reconocer los fines últimos de los autores, que suelen ser económicos, artísticos, científicos, religiosos, etc. Un intérprete que sólo sepa Derecho estará condenado a una interpretación literal y apegado a las meras intenciones, que suelen ser vía para la frustración de los fines de los autores y para el fraude a la ley.

La riqueza del conjunto de la vida cultural suele evidenciar carencias históricas (desde el punto de vista del ordenamiento normativo "lagunas" históricas), sean por olvidos o por novedades en los problemas. Los cambios producidos, por ejemplo, en la economía o en la ciencia y la técnica originan a menudo carencias históricas por novedad, entre las cuales en nuestros días ocupan lugar muy destacado las que producen los avances en la ingeniería genética.

Asimismo, hay casos en que existiendo normas corresponde destacarlas porque son "desvaliosas", en definitiva porque son injustas, produciéndose entonces carencias dikelógicas, pero estas carencias por "desvalor" de las soluciones pueden surgir de exigencias económicas, artísticas, científicas, religiosas, etc.

No es factible elaborar debidamente una norma para llenar una carencia ("integrar" el ordenamiento normativo) sin comprender las otras áreas de la cultura. El elaborador ha de saber economía, arte, ciencia, religión, etc.

En cuanto a las tareas de la aplicación, es imposible reconocer los significados de los casos para realizar el encuadramiento en las normas o contar con la eficiencia exigida para efectivizar las consecuencias jurídicas sin comprender las otras áreas culturales.

15. Las normas emplean conceptos que se pueden construir con mayor o menor carga ideológica, respectivamente, con mayores o menores significados institucionales o negociales. También la carga ideológica institucional y la elaboración negocial se producen en relación con la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc. Entre el inmenso arsenal de los conceptos jurídicos

hay, v. gr., algunos más vinculados con la economía, como los de las sociedades o las cosas en el comercio y otros con la religión, como los de Iglesia, de algunas cosas fuera del comercio, etc.

Algunas instituciones, como las universidades y las academias, son expresiones especialmente significativas de la necesidad de integración del mundo de la cultura. En este sentido, las facultades y los departamentos universitarios no son verdaderamente tales sino en los marcos integrados de las diversas áreas del saber y, siguiendo de cierto modo el sentido platónico, las academias no han de ser centros de mera erudición sino de sabiduría que trascienda las limitaciones disciplinarias. No hay facultades de Derecho y tal vez tampoco academias de Derecho, si no comprenden en definitiva al fenómeno jurídico integrado en el resto del mundo de la cultura.

c) Dimensión dikelógica

16. En la dimensión dikelógica del mundo jurídico se ha de advertir que los valores del Derecho, culminantes en la justicia, son partes de un complejo de valores con el que se relaciona el conjunto de la cultura. La justicia y con ella el Derecho han de relacionarse en vinculaciones legítimas, de coadyuvancia o de sustitución, con otros valores como la salud, la utilidad, la belleza, la verdad, la santidad, etc., cuyos requerimientos caracterizan a la medicina, la economía, el arte, la filosofía y la ciencia, la religión, etc. Todo el complejo de valores que podemos realizar debe orientarse a la satisfacción del más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), y en razón de este valor se advierte la exigencia de que todos los valores confluyan en la unidad humanista del mundo de la cultura.

En cambio, urge evitar las relaciones ilegítimas de secuestro, en que unos valores ocupan el lugar de otros y, en consecuencia, hay que impedir que Derecho, medicina, economía, arte, ciencia, religión, etc. se sustraigan entre sí los lugares que les corresponden. En nuestros días es especialmente necesario evitar que la economía y su valor utilidad, el valor totalitario que impera en las profundidades de la superficialmente plural "posmodernidad", secuestren el espacio que corresponde al Derecho y a la justicia. Es imperioso comprender el lugar del Derecho para impedir que la economía, por importantes que sean sus aportes, termine marginando las perspectivas jurídicas y degradando así la condición humana.

17. La justicia es una categoría "pantónoma" *(pan* = todo; *nomos* = ley que gobierna) referida a la totailidad de las adjudicaciones pasadas, presentes

y futuras que, como no somos ni omniscientes ni omnipotentes, tenemos que abordar mediante fraccionamientos productores de seguridad. Sin embargo, los fraccionamientos deben realizarse cuando no es posible conocer ni hacer más. La pantonomía de la justicia exige tener en cuenta todo el marco cultural y, si bien a veces hay que fraccionarlo, se debe evitar la tendencia a prescindir de él caprichosamente con el objetivo de obtener seguridad. Aunque a veces el apego a la simplicidad pura del Derecho se inspira en exageradas aspiraciones de seguridad, vale recordar que el propio Kelsen habló de la ilusoria seguridad jurídica (*9).*

18. La justicia requiere que se adjudique a cada individuo la esfera de libertad que necesita para convertirse en persona. Para comprender qué es persona, o sea un individuo plenamente desarrollado, hay que tener en consideración el conjunto de los valores que ha de satisfacer la cultura. Una persona significa el despliegue de un individuo desde los puntos de vista de la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc. y ese despliegue se relaciona también, de modo especial, con la educación. El valor justicia "invoca" a los otros valores. Tal vez, con palabras de Miguel Reale, podría afirmarse que la justicia es un valor franciscano, cuyo valor consiste en permitir que los demás valores valgan (10).

19. La justicia del reparto desde el punto de vista de los repartidores puede surgir de la autonomía de los interesados o de la superioridad moral, científica o técnica de quienes conducen, denominada aristocracia. La autonomía, que en cuanto al régimen se traduce en democracia, no es tal si no es participación en todas las áreas de la cultura. La superioridad de la aristocracia puede referirse a los valores como la utilidad, la belleza, la verdad, la santidad, etc., que han de inspirar a la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc.

Los merecimientos y desmerecimientos de los recipiendarios han de estimarse en relación con el conjunto de la cultura, o sea incluyendo los despliegues económicos, artísticos, científicos, religiosos, humanitarios, etc. Los objetos repartideros (que en justicia merecen ser repartidos) deben apreciarse según pautas de otras áreas culturales y las formas de los repartos han de

(9) Ver por ej. KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho,* trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, *pág.* 171.

(10) REALE, Miguel: *Filosofla do Direito.* 5ª ed., San Pablo. Saraiva, vol. 2. 1969, *pág.* 626.

asegurar la audiencia del mundo cultural; todo superando ampliamente los argumentos normológicos.

20. Para ser justo un régimen ha de ser humanista, es decir, ha de tomar al hombre como fin y no como medio, mas el hombre es un ser complejo que se manifiesta en la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc. Para que el humanismo se haga realidad es necesario proteger al individuo contra los demás, como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.), pero esta protección sólo puede lograrse a través del juego debido del complejo total de la cultura. Hay que proteger a través y respecto de la economía, el arte, la ciencia, la religión, la educación, etc.

2) Parte Especial

21. Las diversas ramas del mundo jurídico ocupan lugares diferentes en relación con las distintas áreas de la cultura. Aunque muchas ramas son particularmente identificadas por razones económicas, como el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho Agrario, el Derecho de la Minería, etc., también hay que reconocer, *v. gr.*, la vinculación tradicional del Derecho de Familia con la religión, las relaciones del Derecho de la Seguridad Social con la economía y la medicina, etc.

En realidad, sin abandonar los criterios de diversificación tradicionales, hay que cultivar además otras ramas, relacionadas con la ciencia, la medicina, el arte, la educación, etc. (Derecho de la Ciencia, Derecho Sanitario, Derecho del Arte, Derecho de la Educación, etc.).

RESTRICCION EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por María Elodia Almirón Prujel (*)

Sumario: 1. Presentación. 2. Alcance de los Derechos Humanos. 3. Restricciones razonables y restricciones arbitrarias. 4. Reglamentación razonable de los Derechos Humanos. 5. Restricciones legítimas a los Derechos Humanos. 6. Derechos Humanos y Estado de Excepción

1. PRESENTACION

Las posibilidades, supuestos, requisitos y alcances de las restricciones o suspensiones de determinadas obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, forman parte del ejercicio cotidiano de estos derechos en muchos países, y en particular, de nuestra realidad, la latinoamericana.

Por ello, lo pretendido con este artículo es relacionar los conceptos con las restricciones permitidas a los derechos humanos, así como la vigencia de éstos durante los denominados regímenes de excepción. El uso y aplicación de las normas de protección de los derechos humanos, requieren metodológicamente de esta precisión que ayude a comprender el ámbito y alcance de su protección, así como los límites a que está sujeto su ejercicio, bajo condiciones de situación y tiempo que por ley se establezcan.

(*) Abogada y Notaria Pública. Profesora Asistente de la Cátedra de Derechos Humanos y Profesora Auxiliar de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción - Paraguay.

2. ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos, esto es, son susceptibles de una reglamentación razonable. Sin perjuicio de ello, algunos derechos protegidos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio e, incluso, de suspensión extraordinaria.

Si la reglamentación razonable comporta la regulación legal del ejercicio de un derecho, sin desvirtuar su naturaleza y teniendo en mira su pleno goce y ejercicio en sociedad, las restricciones legítimas son los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda. Finalmente, la suspensión apunta a la situación extraordinaria en la cual se encuentre en peligro la vida de la nación y ello haga necesario decidir la suspensión del ejercicio de determinados derechos por el tiempo y en la medida estrictamente limitados a las exigencias de la situación.

3. RESTRICCIONES RAZONABLES Y RESTRICCIONES ARBITRARIAS

El reconocimiento progresivo de los derechos humanos, a través de diversos instrumentos internacionales y en los ordenamientos jurídicos de los Estados, es una muestra del consenso respecto a su existencia y de la necesidad de respetarlos y garantizarlos. Pero ese reconocimiento admite, bajo determinadas condiciones, la posibilidad de disponer que se establezcan restricciones temporales a su ejercicio. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La protección de los derechos humanos (...) parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden legítimamente ser menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos está seriamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos señalan diversos requisitos para que puedan ser adoptadas determinadas limitaciones al ejercicio de los derechos humanos, a fin de no desnaturalizar su esencia. Su trasgresión genera una violación de los instrumentos internacionales y origina responsabilidad internacional por parte del Estado infractor.

Tales limitaciones pueden surtir sus efectos antes o después de que el derecho sea ejercido. Como un ejemplo del primer supuesto se puede mencionar la disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP- (Art. 21), en la cual se establece que el derecho de reunión puede ser restringido antes de su ejercicio por determinadas causales, es decir, puede ser objeto de restricción antes de que las personas se agrupen. Como ejemplo del segundo supuesto, se puede mencionar el caso de libertad de expresión, que de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH- (Art. 13.2), no se encuentra sujeta a censura previa sino a responsabilidad posterior, lo cual significa que no existe impedimento previo para la difusión de opiniones o informaciones, aunque la persona tiene que estar advertida que bajo determinados supuestos legales dicha divulgación puede originarle una responsabilidad.

Los instrumentos internacionales exigen que las restricciones a los derechos humanos se encuentren establecidas mediante leyes, lo cual demuestra la importancia del principio de legalidad y de la reserva de ley, elementos esenciales para que los derechos del hombre puedan existir en la realidad y se encuentren protegidos jurídicamente.

La obligación antes mencionada se puede apreciar, por ejemplo, en el PIDCP, en donde se dispone que nadie podrá ser privado de su libertad personal, salvo por las causas “fijadas por la ley” (Art. 9º), o que el ejercicio de la libertad de asociación sólo puede estar sujeto a restricciones “previstas por la ley” (Art. 22).

Por su parte, la CADH (Art. 30) establece que las restricciones permitidas por ellas al goce y ejercicio de los derechos humanos, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el término leyes, empleado en un tratado respecto a este tema comprende toda “Norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes”.

Esta definición encarga a los órganos legislativos la exclusiva función de señalar los límites al ejercicio de los derechos humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, lo cual

obliga a que en el momento de establecer las restricciones exista cierto grado de consenso. Como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de procedimientos legislativos de ese tipo, se permite a las minorías "Expresar su inconformidad a proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder".

En consecuencia, la expresión leyes empleada por los instrumentos internacionales no debe entenderse como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues eso implicaría admitir que los derechos fundamentales de las personas pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

El principio de legitimidad es elemento importante a los efectos de interpretar si las restricciones a los derechos humanos se ajustan a los requisitos internacionales para su expedición. Sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede contener restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.

Por lo demás, tales medidas tienen necesariamente que ser temporales, pues una restricción permanente anula el ejercicio del derecho y la eficacia de su protección.

Además de ser necesario que exista una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de las libertades sean jurídicamente lícitos, se requiere además que esas leyes se dicten en razón del interés general, tal como lo dispone la CADH (Art. 30). De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la invocación del interés general significa que tales restricciones deben ser dictadas en función del bien común, elemento integrante del orden público del Estado democrático. El contenido de ambos conceptos, orden público y bien común, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, debe ser objeto de una interpretación ceñida a las justas exigencias de una sociedad; significa que si existe otra alternativa para conseguir tal fin, debe emplearse aquélla y no la restricción.

Tomando en cuenta todos los aspectos hasta ahora mencionados, se puede afirmar que la autorización prevista en los instrumentos internacionales para que se puedan restringir los derechos humanos, debe ceñirse a las siguientes condiciones:

a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que éstos permitan;

b) Que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas;

c) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas.

Cualquier restricción que se emita al margen de estas condiciones puede devenir ilegal o arbitraria, según corresponda.

Una restricción será considerada ilegal si no se efectúa de acuerdo a las causas, casos o circunstancias expresamente previstos en la ley y con estricta sujeción a los procedimientos definidos por ella.

La restricción devendrá arbitraria si las causas y métodos para restringir el derecho, aun calificadas de legales, pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad. En otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquella que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho. Lo arbitrario constituye, de esta manera, un concepto que incluye supuestos, tanto de legalidad como de ilegalidad de la restricción. En este orden de ideas, existen restricciones que pueden ser legales pero que devienen arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formalmente establecidos en el ordenamiento jurídico pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.

4. REGLAMENTACION RAZONABLE DE LOS DERECHOS HUMANOS

La regulación legal del ejercicio de un derecho implica la cristalización jurídica de todos los elementos que a nivel normativo y orgánico asegu-

ran que los sujetos alcanzados por la norma se encuentren en posición legal de ejercer o disfrutar el derecho humano de que son titulares y al que ella se refiere. Ello nos conduce, inexorablemente, a identificar la existencia de reglamentación con la programaticidad de la norma. Si bien es cierto que las normas programáticas exigen de una reglamentación para devenir operativas, no lo es menos que algunas normas operativas mejoran el campo de su ejercicio a través de la reglamentación. De alguna manera, este planteo corrobora al anterior cuestionamiento respecto de los derechos humanos de "primera generación", esto es, los derechos civiles y políticos respecto de los cuales la obligación del Estado se reduciría a un no hacer, ya que estos derechos son "reglamentables".

En efecto, no son pocos los casos de derechos civiles y políticos a los que se puede acudir como ejemplo de operativos y que exigen una reglamentación. En este sentido, nadie duda de la directa exigibilidad del derecho a la vida; empero, tanto las normas universales cuanto las regionales disponen que "este derecho estará protegido por la ley". No se trata aquí de introducir restricciones al derecho a la vida sino, por el contrario, de establecer los modos de garantizarla mejor. En este contexto se inscribe la tipificación de los delitos contra la vida, la regulación de las condiciones de aplicabilidad de la pena de muerte en los Estados en que aún está vigente y se aplica.

En el mismo sentido, el derecho a la jurisdicción es directamente operativo y exigible para todo individuo respecto del Estado a cuya jurisdicción esté sometido. Ello no empece que, para su adecuado ejercicio, el Estado deba adoptar normas sustantivas y adjetivas que consagren el debido proceso legal y además las que permitan designar jueces, fiscales, defensores y otros funcionarios de imprescindible actuación en el proceso.

5. RESTRICCIONES LEGITIMAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo, la Convención Americana, la Carta Africana, los Pactos Internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, los tratados generales, identifican determinados derechos humanos respecto de los cuales se prevén restricciones específicas. De este modo, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento y de expresión, el derecho de reunión, la libertad de asociación, la libertad de circulación y residencia, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, el derecho de acceso a las audiencias públicas en los procesos penales, el derecho a la vida privada, contienen en su propia enunciación el criterio válido que autoriza una restricción legítima.

Los criterios enunciados son los de la restricción prescripta por ley, necesaria en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Resulta, pues, que de la lectura de las normas mencionadas surge que las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

Estas pautas y criterios derivan de la norma del Art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

Esta norma general sobre restricción se ha incorporado a algunos, mas no a todos, los tratados de alcance general, como los señalados en párrafos anteriores. En este sentido, el Art. 4º del PIDESC establece que "en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

Con una terminología y alcance distintos, el Art. 18 del Convenio Europeo dispone que "que las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas", y el Art. 30 de la CADH expresa que "las restricciones permitidas... al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas... no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas", en una clara referencia a principios hermenéuticos relacionados con las disposiciones específicas que prevén restricciones.

Por otra parte, el Art. 32.2 de la CADH, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que "los derechos de cada persona están limita-

dos por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Esta norma interamericana, que se compadece con el Art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, de alguna manera, con el Art. 27.2 de la Carta Africana, representa el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas respecto de determinados derechos en particular, y contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la CADH, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas. No es ésta, por cierto, una interpretación generalizada, toda vez que en relación con el PIDCP se ha sostenido que la ausencia de una cláusula general indica que las únicas restricciones legítimas son las que caben en el enunciado de las normas específicas.

En todo caso, la aplicación del principio pro homine, antes referido, impone no extender el campo de las restricciones legítimas, sino también atender al razonable principio según el cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás, de alguna manera comprendido en la norma sobre deberes.

De lo expuesto, surge que la primera exigencia a satisfacer es que la restricción esté prescripta por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad y que, en caso de aplicación abusiva, debe dar lugar a recurso.

En este contexto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos efectúa una diferencia en cuanto al alcance de la noción "ley", según que ella se refiera al reconocimiento de un derecho o la restricción legítima. En el primer caso, que se inscribe en la obligación general de adoptar las medidas de derecho interno que resulten necesarias para hacer efectivo un derecho protegido, se apunta a la ley material en tanto en cuanto se trata de restringir "sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana".

No sólo la restricción debe estar prescripta por la ley sino que, además, debe ser necesaria en una sociedad democrática. En este sentido se ha señalado que la función de esta cláusula es la de introducir un criterio de legitimación política en el proceso de limitación del alcance de un derecho que podría referirse a los fines de la limitación, a la relación entre los fines y la limita-

ción en sí misma. En todo caso, la interpretación según la cual se aplica a la limitación en sí misma indica que la legitimidad debe expresar consistencia con los principios de una sociedad democrática. Así, pese a que no existe un modelo único de sociedad democrática, la práctica internacional asume que satisface este requisito la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En otros términos, la restricción es necesaria cuando se vincula con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.

La hermenéutica imperante en este punto es obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La muestra de sociedad democrática en el ámbito de validez espacial del Convenio Europeo la brindan los Estados Partes en él. El criterio fue elaborado tempranamente por el sistema europeo, en momentos en que los Estados miembros evidenciaban una homogeneidad jurídico-política formal muy clara. De allí que la muestra no resultara transportable como tal a otros contextos regionales, ni mucho menos, al universal.

En el ámbito universal de protección el Comité de Derechos Humanos apuntó que "toda restricción de la libertad de expresión con arreglo al párrafo 3 del Artículo 19 debe responder a todos y cada uno de los siguientes requisitos: estar fijada por la ley, responder a uno de los objetivos que se enumeran en los apartados a) y b) del párrafo 3 del Artículo 19 y ser necesaria para conseguirlo".

Las cláusulas de que se trata adquieren legitimidad, inter alia, en atención a los fines cuya preservación persiguen. En este sentido, se ha señalado que "el principal obstáculo para una aplicación unívoca de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de conceptos indeterminados". Los esfuerzos tendientes a precisar estos conceptos se han reflejado en una serie de directivas adoptadas por grupos de expertos y en la práctica de los órganos de control internacional.

El criterio del orden público es probablemente el de mayor ambigüedad. Proveniente del derecho interno, esencialmente del derecho privado francés, se ha señalado que no tiene el mismo sentido en todos los sistemas jurídicos y que puede carecer de todo sentido en algunos sistemas jurídicos. Se entiende que es el conjunto de las reglas que aseguran el funcionamiento de una sociedad o el conjunto de reglas fundamentales sobre las cuales se erige una sociedad y su interpretación debe ajustarse al contexto del derecho que se restringe. Su invocación obedece a la necesidad de encontrar un equilibrio

entre los derechos y libertades de los individuos y los derechos y libertades de la comunidad en general.

La seguridad nacional es una de las pautas de restricción de interpretación más estricta. Existe consenso en que el calificativo nacional apunta a lo que concierne a un país y no sólo a su gobierno. Su definición se esboza a partir de una exégesis de la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, en el contexto actual del derecho internacional de los derechos humanos, universal y regional, la mención de la seguridad nacional sólo autoriza la limitación de derechos cuando existe una efectiva amenaza o el uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado. Consecuentemente, ninguna violación a los derechos humanos puede justificarse a la luz de la seguridad nacional. De allí que se haya dicho, no sin razón, que la seguridad nacional en relación con los habitantes de un país consiste en la inviolabilidad de sus derechos humanos.

La seguridad pública, por su parte, apunta a proteger contra peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes.

A su vez, en el contexto interamericano, el bien común ha sido entendido como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos.

6. DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE EXCEPCION

Durante el desarrollo y desenvolvimiento de todo Estado, suelen presentarse situaciones excepcionales e imprevistas, que comprometen el funcionamiento de sus instituciones jurídico-políticas y su propia estabilidad, ante lo cual resulta imprescindible que se adopten medidas excepcionales para enfrentar la crisis y restablecer la normatividad perturbada.

Los estados de excepción constituyen precisamente un ejemplo de tales medidas, cuyo necesario empleo en determinadas situaciones hoy en día no se discute. Incluso, la posibilidad de su aplicación se encuentra prevista en diversos instrumentos internacionales, donde se establecen una serie de aspectos a ser respetados por los Estados, a fin de garantizar la vigencia de los derechos humanos mientras dure la situación excepcional. Tales condicionamientos se refieren a los siguientes aspectos:

a) Los motivos y los plazos para decretar situaciones excepcionales.

De acuerdo al PIDCP (Art. 4º) los regímenes de excepción deben decretarse cuando se ponga en peligro la vida de la nación. La CADH (Art. 27.1) tiene una posición restrictiva y señala que tal medida solamente puede ser adoptada en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Ambos instrumentos internacionales lo que buscan es limitar la declaratoria permanente de esas situaciones excepcionales, que han generado, por lo general, un desconocimiento o violación sistemática de los derechos humanos. Asimismo, buscan que tales declaratorias se produzcan por el tiempo necesario para lograr una solución al problema que las origina.

b) La suspensión de derechos

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos reiteran la obligación de los Estados de respetar y garantizar la vigencia de los derechos humanos, admitiendo asimismo que esa obligación pueda ser materia de suspensión debido a circunstancias muy excepcionales.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos esto no significa la suspensión temporal del Estado de Derecho o que se autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceñirse.

Por eso, la suspensión de las obligaciones asumidas por un Estado Parte en un instrumento internacional no es absoluta durante los regímenes de excepción, es decir, no puede operar indistintamente sobre cualesquiera de ellas.

En este sentido tanto el PIDCP (Art. 42) como la CADH (Art. 27.2) coinciden en señalar que los Estados no pueden suspender sus obligaciones respecto al derecho a la vida, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, trata de blancas y servidumbre, la prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, la observancia del principio de legalidad en materia penal (no hay pena ni crimen sin ley), del principio de la aplicación de la pena más favorable al reo, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; y de la libertad de pensamiento y religión.

Por su parte, la CADH agrega a esta lista la imposibilidad de suspender las obligaciones asumidas respecto a la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos.

Asimismo, la CADH señala que tampoco pueden ser objeto de suspensión las garantías judiciales indispensables para la protección de todos aquellos derechos que no pueden ser suspendidos. Esto se justifica en tanto durante el régimen deben subsistir los medios apropiados para el control de las disposiciones que se dicten mientras dure esa situación, a fin de lograr que tales medidas se adecuen razonablemente a las necesidades del caso y no excedan los límites impuestos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Desde esta perspectiva, la Corte estima que "La determinación de qué garantías judiciales son indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales "indispensables" para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquellas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender".

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre las garantías judiciales que no pueden ser objeto de suspensión durante los regímenes de excepción se debe considerar al hábeas corpus, el amparo y cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto de los derechos y libertades cuya suspensión no se encuentra limitada durante tales situaciones.

Por tanto, los jueces deben tramitar siempre las acciones judiciales que se presenten para la tutela de los derechos humanos durante los estados de excepción, y efectuar, según sea el caso, un control judicial de la razonabilidad y proporcionalidad del caso restrictivo. No será razonable o proporcional el acto restrictivo del derecho si las razones que lo sustentan no tienen relación directa con las causas y motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, o si resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a cada situación en particular.

c) La proporcionalidad de las medidas adoptadas

A tenor del PIDCP (Art. 4º), las disposiciones que adopte el Estado en situaciones excepcionales deben encontrarse limitadas a las exigencias que

ella requiera. Para la CADH (Art. 27.1) deben ser dictadas en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, habida cuenta de que las causales para decretar los regímenes de excepción son distintas y que además, en cualesquiera de ellas, las medidas que se adopten deben ser ajustadas a las exigencias de la situación, se desprende que lo permitido en una situación podría no serlo en otra; por lo que la juridicidad de las medidas que se adopten dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas.

Los derechos cuya suspensión no está permitida en el PIDCP, ni en los tratados regionales, ni en el Art. 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario aplicables en los conflictos armados no internacionales, expresan el orden público internacional y deben ser considerados como normas de jus cogens, esto es, normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por normas ulteriores de derecho internacional general que tengan el mismo carácter. Las normas de que se trata son las que protegen el derecho a la vida, a la integridad (la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), la prohibición de la esclavitud y servidumbre, la prohibición de la aplicación de la legislación penal retroactiva.

En punto a la efectividad de los derechos, el sistema interamericano efectúa un aporte de magnitud ya que el Pacto de San José es el primer instrumento internacional que prohíbe expresamente la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos y ello porque en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define completa y adquiere sentido en función de los otros.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incluido al hábeas corpus entre aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades no suspendibles y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud; indicando también que el carácter judicial de la garantía implica la intervención de un órgano judicial independiente e impar-

cial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.

Lo anterior supone que se mantenga la independencia de los distintos órganos del poder del Estado, de manera que sea efectiva la revisión judicial de las medidas adoptadas que impliquen una restricción de los derechos humanos.

En todo caso, este aspecto relativo a la posible suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos durante la vigencia de un Estado de excepción confirma que un poder judicial independiente e imparcial formado por jueces idóneos es la mejor garantía para la adecuada administración de justicia: en definitiva, para la defensa de los derechos humanos.

Bibliografía

1. Albanese, Susana. Promoción y protección internacional de los derechos humanos. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, Argentina. 1992.

2. Albanese, Susana. Garantías Judiciales. EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 2000

3. Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. GERNIKA S.A.. México D.F., México. 1996

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

5. Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

6. Donnelly, Jack. Derechos Humanos Universales en teoría y en la práctica. GERNIKA S.A.. México D.F., México. 1994

EL DERECHO AL PROCESO PENAL

Por Pedro Juan Bertolino (*)

I. PRELIMINARES

1. Nos proponemos dilucidar, en visión panorámica, la locución que elegimos como título para esta exposición: el "Derecho al Proceso Penal".

Actualmente, el acento está puesto sobre los derechos y garantías que deben existir en el proceso penal, antes que en un específico derecho, a secas, orientado a su acceso.

Expresiva es la norma contenida en el inciso 20 del Artículo 8º de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" ("Pacto de San José de Costa Rica"), y ahora —junto a los otros Tratados que mencionaremos en adelante— integrada expresamente a nuestro ordenamiento por vía del inciso 22 del Artículo 75 de la Constitución Nacional según la Reforma del año 1994. De esta norma derivamos que las "garantías mínimas" que todo inculpado de delito tiene derecho a hacer valer, funcionan "durante el proceso".

2. Recortando así nuestro tema, de inmediato surge la dificultad de confrontar el texto de la locución propuesta con sus significaciones posibles.

Afirmar que el acceder al proceso penal constituye un perfecto y diferenciado derecho, lleva consigo que él es susceptible de ejercicio, uso y goce.

Estas últimas posibilidades, "usar" y "gozar" de los derechos, notas jurídicamente recibidas por lo demás, están previstas, por ejemplo, en el Artículo XVII de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

(*) Miembro correspondiente en Mercedes (Pcia. de Bs. As.).

Hombre" y en el inciso 20 del Artículo 29 de la "Declaración Universal de Derechos Humanos".

3. Sin embargo, la idea de "bien" que estas expresiones evocan, choca con la asimilable a "mal", connotada en ocasiones al proceso penal.

Ya Carnelutti calificaba al proceso penal como una verdadera pena, enfatizando, por cierto, esa adjudicada penosidad (1). Y, desde la dimensión sociológica, señala plásticamente Hassemer que el proceso penal constituye una "ceremonia peligrosa" y "precaria para el acusado" (2).

Es que, por encima de sufrimientos ciertos o riesgos eventuales, resulta innegable que todo proceso penal, por el mero hecho de serlo, restringe en sumo grado la libertad del hombre, primordialmente por la incidencia de las medidas de coerción personal.

Como compendio, esta visión negativa quedaría sobradamente patentizada recurriendo a una expresión característica en nuestro recordado maestro Werner Goldschmidt: la sola realización del proceso penal siempre "costaría una injusticia" (3).

4. También la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, referida a esta cuestión dilemática, desnuda coincidentes ambigüedades.

De una parte, puede observarse el relieve dado a la situación del imputado que necesita "liberarse" de una restrictiva incerteza. Esta perspectiva quedó manifestada en el notorio caso "Mattei" en el cual, nuestro más Alto Tribunal resaltó "el derecho de toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación, mediante una sentencia que determine su situación frente a la ley penal, poniendo fin a la incertidumbre y restricción de la libertad que importa el enjuiciamiento penal" (4).

---

(1) Francisco CARNELUTTI, *El problema de la pena,* Buenos Aires, EJEA., 1956. trad. Sentís Melendo, págs. 57 y sgtes.

(2) Winfriéd HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal,* Barcelona, Bosch, 1984. pág. 169.

(3) Werner GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia,* 2ª ed., Bs. As., Depalma. 1986, *passim.*

(4) En *L.L.,* 1. 133, pág. 413, con nota de Germán J. Bidart Campos.

Empero, desde otro costado, puede detectarse la reafirmación de un cabal derecho al proceso penal. Así lo muestra, y para ejemplificar aquí, el voto en minoría del Dr. Antonio Boggiano en el caso "Nadel", donde sostuvo que un tratado de extradición debe ser entendido como tendiente "a asegurar a los individuos un proceso tramitado conforme a la ley" (5). Cambiando lo que haya que cambiar, este discurso judicial lleva claramente a la institución "proceso penal" —el procedimiento de extradición, sustancialmente le es asimilable— hacia la zona de los "derechos individuales".

5. Ahora bien, el dilema encierra una suerte de aporía a resolver. Pareciera, en efecto, que un "derecho" al proceso penal, luego de afirmarse a sí mismo, viene a contradecirse a sí mismo (6).

Antes de acercar elementos que acaso ayuden a solucionar tal aporía, cabe anoticiamos sobre algunas ideas básicas generales que, a nuestro entender, han ido configurando un marco referencial por lo menos propicio a la delimitación y funcionalidad del específico derecho cuya captación nos preocupa.

II. MARCOS BASICOS DE REFERENCIA

6. La sustitución de la autodefensa privada por la jurisdiccional estatal constituyó, y constituye, el punto de partida básico y determinante para que haya podido surgir y desenvolverse un derecho al proceso penal.

En este encuadre, justamente, como una verdadera conquista de la civilización, se ha entendido el proceso penal contemporáneo *(7).*

7. La sustitución de la justicia privada por la pública se complementa —orientando nuestra búsqueda conceptual— con la transferencia histórico-jurídica del imputado que, de objeto pasó a ser sujeto del proceso penal, logro que tanto y tan bien destacara, en su hora, Alfredo Vélez Mariconde (8).

---

(5) Sentencia del 6/4/93.

(6) José FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía,* Barcelona, Ariel, 1994. Tomo (1) (A-D), pág. 205, voz "aporía".

(7) Jesús GONZALEZ PEREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional,* Madrid, Civitas, 1984, *passim.*

(8) Alfredo VELEZ MARICONDE. *Derecho procesal penal,* Bs. As., Lerner, 1969, 2ª edición, T. II, págs. *335 y* sgtes.

Más aún, ese imputado-sujeto es, por encima y antes de nada, persona humana. Vale entonces reparar que en el Preámbulo de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" se reconoce que los "derechos esenciales del hombre" tienen como fundamento "los atributos de la persona humana".

8. Claro está que aquel movimiento civilizador se ha determinado en concretas y diversas culturas jurídicas, en términos del problema penal en su plenitud, abarcador de lo sustancial y lo procesal.

En este orden de cosas, Giovanni Tarello ha mostrado cómo el sistema penal de la modernidad, a partir del siglo XVIII, se ha nutrido de las que él denomina ideologías "utilitaristas", "proporcionalistas" y "humanitaristas" (9); como así Bettiol ha destacado, también atendiendo al problema penal, la incidencia plural sobe él del "iluminismo", del "existencialismo" y del "cristianismo" (10).

Podemos colegir, por tanto, y asumiendo los riesgos de una excesiva generalización, que de todas estas corrientes teóricas, de un modo u otro, ha debido abrevar y puede ser hoy receptor de un particularizado "derecho al proceso penal".

III. PARA UNA NOCION DESCRIPTIVA

9. Bien que una noción por lo pronto descriptiva del "derecho al proceso penal", debería tener en cuenta, desde el principio, su eventual distinción con el "derecho a la jurisdicción", O, mejor quizá, con el "derecho a la tutela jurisdiccional", según la terminología de la doctrina española, elaborada a partir del Artículo 24 de su actual Constitución.

Desde luego que la contradistinción, siquiera por la semejanza de materia, supone una relación: aquel derecho a la protección que debe dar la Jurisdicción, requiere ser vehiculizado por medio de un proceso.

Agregando algo más, el papel de la relación se refuerza si reparamos en esto: quien presta la tutela jurisdiccional —el Estado— es quien también otorga el proceso, en nuestro caso, el penal.

(9) Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1976, págs. *383* y sgtes.

(10) Giuseppe BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal.* Barcelona, Bosch, 1977, págs. 17 y sgtes.

En sustancia, y siguiendo pautas dadas por Bidart Campos, nos hallamos de cara a una prestación positiva de dar algo: un proceso; aunque complementariamente, nos encontramos también frente a una prestación positiva de hacer: tramitarlo según pautas normativas prefijadas (11).

10. De consuno, la prestación —el *debitum* estatal— se concreta en un pretensor, el cual queda constituido así como un "beneficiario designado de la obligación de otro" (12).

Y este "pretensor" viene a participar del denominado, por Ramón Soriano, *status activus procesualis,* esto es, del derecho del particular a la formación de toda clase de actos públicos (13).

Quedan, de esta manera, perfilados los sujetos estructurales del derecho al proceso penal: -el ciudadano —en potencia— o el procesado —en acto— como sujeto activo: y el Estado, como sujeto pasivo.

Empero, pueden imaginarse otros hipotéticos sujetos. Entre ellos —y sin agotar la enumeración— la víctima del delito, observada como posible titular de una pretensión de acceso al enjuiciamiento criminal.

11. El llamado "renacimiento de la víctima" es uno de los principales temas convocantes en la sistemática y problemática del proceso penal moderno. Ahora bien, ¿tiene ella también "derecho" al proceso penal?

Creemos que sí y nuestra respuesta positiva queda avalada, y sin mengua de otros apuntalamientos provenientes del derecho codificado, como suele ser el actual Código de Procedimiento Penal de la Nación, por la doctrina judicial de la Corte Suprema, nítida a partir del caso "Otto Wald", donde se dijo que "todo aquel a quien la ley le reconoce la personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el Art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado" (14).

(11) Germán J. BIDART CAMPOS. *Teoría general de los Derechos Humanos,* Bs. As., Astrea, 1991.

(12) Norbert BRIESKORN, *Filosofía del derecho,* Barcelona, Herder, 1993, págs. 77 y sgtes.

(13) Ramón SORIANO, Compendio de Teoría General del Derecho, Barcelona, Ariel, 1986. pág. 109.

(14) Fallos: 268-266.

12. Lo expresado nos invita a retomar los planteos iniciales, conectándolos ahora con la finalidad del derecho bajo análisis.

El proceso penal apunta a satisfacer una necesidad, aunque quizá ello pueda no evidenciarse a primera vista. Este fin está muy bien percibido y expresado, sin embargo en la Carta Constitucional de Córdoba, al prescribir, al comienzo de su Artículo 39: "Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución".

Entonces, en la medida que llena una necesidad: el "no ser pasible de pena sin proceso", el acceder al enjuiciamiento se transforma de tal manera en un bien, ya que "satisfacción", "uso" y "goce" se vienen a tocar en sus raíces.

13. Resultando ser esa necesidad, en definitiva, "del hombre", no pareciera forzado adscribir el bien que la satisface, en extensión y comprensión, al campo de los "derechos humanos".

Sobre todo teniendo en cuenta, por lo menos desde la positividad, que las exigencias humanas, convertidas en "derechos", han obtenido un ordenamiento tutelar con fuerza obligatoria (15).

14. Conformando ese ordenamiento con la Constitución Nacional, los tratados a ella integrados, las Constituciones provinciales y los Códigos de la materia, es indudable que, en la línea de los derechos humanos, se muestra como característica exigente del proceso penal el rechazo de todo trato humillante y degradante del imputado —y también de la víctima—, maltrato, que, por tal, se convierte sin más en inhumano".

Para proseguir con un muestreo que quiere ser calidoscópico, vemos que en el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de Nueva York se establece, en la primera parte de su Artículo 7: "Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

15. Aunque no se trata únicamente que el proceso penal "funcione" asegurando y respetando los derechos humanos. Es dable, asimismo, concebirlo en su entidad última, como un objeto cultural-jurídico, al que pueda atribuírsele el antes dicho carácter de "humano".

---

(15) Cfr. Norbert BRIESKORN, *op. cit.*, págs. 187 y sgtes.

Claro está que, enfrentados a esta radicalidad, enseguida emerge una cuestión problemática esencial: ¿qué proceso penal es el que puede y debe constituirse en el objeto de un derecho humano?; o tal vez, ¿qué objeto cultural, por sí mismo, ya puede y debe ser un derecho humano?

Examinemos, en esta inteligencia, algunos aspectos de la normativa, básicamente la de jerarquía constitucional vigente, para tratar de desentrañar cuál es la "figura" de proceso penal producida, según los rasgos, características, componentes y propiedades que en dicha normativa se observan.

IV. EL MODELO CONSTITUCIONAL

16. Pareciera no hallarse en el texto de la Constitución Nacional una determinación expresa de un "derecho al proceso penal", por lo menos en la forma en que lo estamos considerando aquí.

Está explicitado, si, en su Artículo 18, el "juicio previo", cuya figura, en comprensión con la del "debido proceso legal", la alta autoridad de Clariá Olmedo denominó "previo proceso legal" (16).

En todo caso, si podemos admitir la existencia específica y diferenciada de un "derecho al proceso penal", su "lugar geométrico" estaría, creemos, en el Artículo 33 de nuestra Magna Carta, dado que él permite establecerlo entre los derechos "no enumerados".

17. Aunque esa misma carencia de determinación expresa se observa, en principio, en las Declaraciones, Convenciones y Pactos ahora constitucionalizados, en ellos podemos efectuar una lectura textual, tanto estática como dinámica, que permite derivar suficientemente el derecho que analizamos.

Estáticamente, la sustancia "proceso penal" la hallamos más bien formulada mediante circunlocuciones, por caso, mediante las voces "procedimiento" y "formas" en los artículos XVIII y XXV de la "Declaración Americana" o "recurso" o juicio en los artículos 8º y 11 de la "Declaración Universal".

(16) Jorge CLARIA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal.* Bs. As. Ediar, 1960. T. I. pág. 225.

En cambio, dinámicamente —a ello nos dirige la contracción "al"— nuestro derecho se expresa, antes bien, como modo de tener expedito el acceso a los Tribunales.

Por todos, en el Artículo 8º de la "Declaración Universal de Derechos Humanos" y tomando "recurso" por "proceso" en sentido amplio: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

18. En la búsqueda de una "figura" apta para captar la sustancia del "derecho al proceso penal", corresponde inicialmente preguntarnos por sus rasgos o componentes generales. Podemos, en esa indagación, colocarnos en la ya enunciada doble perspectiva del prestador y del pretensor del derecho.

Desde la óptica del prestador del proceso, desembocaremos en la institución tribunalicia. De los Tratados constitucionalizados, rescatamos que el Tribunal allí contemplado deberá poseer, por lo pronto, tres características básicas: ser competente; ser independiente y ser imparcial.

Desde la atalaya del pretensor, fundamentalmente se trata del derecho "a ser oído" por un Tribunal, desde luego, conformado según los precitados caracteres esenciales.

Esta dual configuración quedó muy bien expresada en el *Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, obra del "Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal", en cuyo Artículo 11, numeral 1, precisamente bajo el acápite "Derecho al proceso" leemos: "Cualquiera tiene derecho a acudir ante los Tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticIones".

A fortiori, esta caracterización resulta válida para el ámbito penal que nos convoca, tornándose ineludible un procedimiento que canalice la relación entre reclamo y deber.

19. Mas el dibujo de la figura deberá ser completado con rasgos o elementos específicos.

La norma principal a su respecto, pareciera estar contenida en el ya varias veces citado Art. 8 de la "Convención Americana", pues la locución "garantías mínimas" aparece como decisivamente indicativa.

Pues bien, de tal norma declinamos como inexcusables características típicas del enjuiciamiento penal constitucionalizado: a) juez natural; b) estado de inocencia; c) publicidad del proceso; d) defensa integral; e) comunicación de la acusación; f) derecho al silencio: g) derecho a recurrir; y h) garantía del *non bis in idem (*17).

Desde luego que especial mención debemos hacer aquí, a la tramitación de los procedimientos en un "plazo razonable", según dicta el Artículo 7º inciso 50 de la misma "Convención Americana", accidente de tiempo fuertemente destacado, por lo demás, en la concepción actual del proceso penal.

V. LOS VALORES PRINCIPALES IMPLICADOS

20. Entendemos que no quedaría medianamente completa esta exposición sin que dijéramos algo sobre la dimensión axiológica del "derecho al proceso penal", toda vez que derechos humanos, constitucionalismo político-social y valores se implican recíprocamente.

En definitiva, la figura de derecho normativo-constitucional que hemos querido apenas esbozar, tanto en sí misma, cuanto en sus proyecciones garantistas, queda sometida al "deber ser ideal" de la estimativa jurídica.

21. Entre los principales valores comprometidos, se destaca el valor justicia, el cual nos remite a la noción rectora del "proceso justo" (18).

Todo proceso penal se inserta en la sociedad, desde el Estado, como "institución jurídico-política". Precisamente, es en tal entidad donde toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y "con justicia" para el examen de cualquier acusación dirigida contra ella en materia penal, como reza el Artículo 10 de la "Declaración Universal".

---

(17) Bernadette MINVIELLE, "La Convención Americana sobre derechos humanos (pacto San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal", en Revista *Doctrina Penal,* Bs. AS., Depalma, enero-marzo, 1988. págs. 66 y sgtes.

(18) Para el marco de referencia al "proceso justo" nos remitimos a Karl LARENZ, *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica.* Madrid, Civitas, *passim.*

Sólo así se podrá realizar —en el ámbito del enjuiciamiento penal— el principio supremo de la justicia, el cual, pasando de lo individual a lo personal, posibilita al imputado una esfera de libertad para su defensa integral y efectiva (19).

22. En tensión dinámica con el valor justicia se realiza el valor seguridad, que al igual que aquél, exige la existencia de un derecho positivo.

El proceso penal, en cuanto constitutivo de un fenómeno social, está sometido, en nuestro sistema a un ordenamiento normativo particular de índole técnico-legislativo: los códigos de la materia.

Es decir, existe una reglamentación previa para arribar a la obtención del "justo concreto", aspecto éste, visceral de la sentencia de mérito desde el punto de vista valorativo. Esta reglamentación previa, además, permite una mayor celeridad en la obtención de ese "justo concreto".

De suyo, pues, la sola existencia de esa previa reglamentación implica en sí misma un modo de seguridad, ya que el justiciable sabe de antemano "a qué atenerse" sobre el camino que se habrá de seguir para la decisión del objeto materia del proceso", que —aquí si como amenaza— lo involucra, como así podrá prever su duración estimada.

23. A su vez, justicia y seguridad se conectan, sobre todo en el proceso penal, con el valor utilidad, por lo menos conectado con las ideas "utilitaristas" que mencionábamos antes.

Inspirándonos en aportaciones de Max Scheler, hemos de distinguir "el valor que una cosa posee como medio, del valor que corresponda a los medios mismos, en cuanto son dados intuitivamente como medios" (20).

Aplicado ello al proceso penal, entendido como objeto instrumental del derecho correspondiente, a nuestro ver cabe diferenciar, por un lado, el valor "instrumental", cuya consideración debe efectuarse desde el producto obtenido mediante ese instrumento, esto es, desde la sentencia final de mérito; y por

---

(19) Para la noción de "principio supremo de la justicia". *Vide* GOLDSCHMIDT, *op. cit.* en nota *3. passim.*

(20) Citado en nuestro trabajo *El funcionamiento del derecho procesal penal.* Bs. As. Depalma, 1985.

otro, el valor "de instrumento", y en tal sentido, su apreciación debe hacerse más bien en punto a su contenido propio.

En ambos supuestos, la relación queda establecida con el "bien útil", contracara del proceso penal soportado como "mal".

VI. CONSIDERACIONES FINALES

24. Para redondear nuestra exposición, vamos a efectuar algunas consideraciones finales, receptando lo dicho por Gregorio RobIes, en cuanto "el problema práctico de los derechos humanos no es el de su fundamentación. sino el de su realización; pero el problema teórico de los derechos humanos no es el de su realización, sino el de su fundamentación" (21).

Somos conscientes que lo expuesto no agota la problematicidad del derecho abordado. Quedan, por cierto, abiertas importantes cuestiones a contemplar. Entre otras: los límites del derecho —Artículo 29 inciso 20 de la "Declaración Universal"—; el tipo de proceso penal previsto en el ordenamiento —Artículo 118 de la Constitución Nacional—; el alcance de las eventuales suspensiones del derecho y sus garantías —Artículo 27 inciso 20 de la "Convención Americana"—; o la efectividad del pleno goce y ejercicio del derecho en cuanto humano —Artículo *75* inc. 23 Constitución Nacional.

25. El Artículo 7º, numeral 5 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" estatuye el derecho de toda persona "a ser juzgada".

Ahora bien, el proceso penal al que se tiene derecho y donde se obtendrá aquel juicio tendrá que ser, por tanto, aquel rodeado de todas las garantías, previstas en el ya citado Artículo 8 de esa Convención, como también en todas y cada una de las normas coincidentes y complementarias con jerarquía constitucional.

Entonces, el derecho al proceso cobra un perfil definido: se convierte en derecho "condición" o derecho "presupuesto" del "juicio" y de las garantías que deberán existir durante el desarrollo procesal para obtenerlo. Precisamente, interpretándose la Convención de Costa Rica se ha señalado que ésta "presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana".

(21) Gregorio ROBLES. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad moderna, Madrid, Civitas, 1992, pág. 11.

26. Estimamos que tales garantías se pueden imaginar como incorporadas a la garantía englobante del "debido proceso".

El Estado, en este registro, no sólo "deberá" al ciudadano un proceso penal tramitado "como es debido", es decir con todas las garantías, sino que "lo debe" sin más y ello ya constituye una garantía por sí misma.

Aceptando la necesaria distinción entre derecho y garantías podemos aventurar este corolario: será el "derecho" al proceso el que posibilitará, prácticamente, la efectividad de la "garantía" al debido proceso.

27. En el terreno de la interpretación y aplicación del derecho procesal penal y dentro de la metodología jurídica, posee virtualidades el logro de una figura que acuñe un "tipo" o "modelo" ideal de "derecho al proceso penal".

Encontrar esa figura jurídica, en lo que se ha denominado el "círculo hermenéutico", podrá servir para, una vez obtenida, volver desde ella y captar ciertos problemas del enjuiciamiento penal. En dicho contexto de intelección, bien podrían leerse puntuales cuestiones del derecho procesal penal moderno, tales como la "disponibilidad" del proceso, que manifiesta la *probation;* la prueba ilícita; la duración de la prisión preventiva; el debate sobre la verdad "correspondencia" o verdad "consensual"; o la abreviación y simplificación de los procedimientos.

También, la estructuración de un "tipo ideal" da una "relación de sentido". Esto permite vincular el derecho al proceso penal tanto con la garantía del "debido proceso" como con el derecho a la jurisdicción, tal como lo hemos apuntado aquí.

28. Ciertamente, la experiencia jurídica muestra que muchas veces el proceso penal "no se vive" como un verdadero derecho. Indudablemente, sus manifestaciones patológicas: coacciones explícitas o implícitas; desvirtuación de la prisión preventiva como pena anticipada; perpetuas y estériles cuestiones de competencia, conspiran para que así sea.

Todo ello tiene que ver, de algún modo, con la vertiente "existencialista" del problema penal, ya que según Hans Welzel, a esta corriente de pensamiento se la puede vincular a los contenidos materiales del derecho. El perfil del "valor de instrumento", creemos, tiene mucha relación con esto.

29. Concluyendo: para que se vincule como un derecho la necesidad de acceso al proceso penal, debemos presuponer la existencia y operatividad de un Estado que según su itinerario históricopolítico, asuma progresivamente cada etapa anterior y desembarque en garantista. Así, el "Estado de Derecho", como ámbito propio de la seguridad, del tratamiento del imputado como sujeto jurídico y de la relación armoniosa entre poder y libertad; el "Estado Social", a modo de marco de funcionamiento del proceso penal como instrumento "adecuado" del servicio de la justicia y como protector de la víctima; el "Estado de Justicia" como ámbito que permita la personalización y, por fin, el "Estado de Derechos Humanos", donde todas y cada una de las garantías implicadas en el proceso penal se efectivicen en la realidad.

EL DERECHO NATURAL Y LAS VARIACIONES AXIOLOGICAS

Por Juan Carlos Smith (*)

I

Al comenzar nuestro siglo, el jusnaturalismo dividíase ya en las tres direcciones principales que se destacan actualmente: la "neoescolástica", la "racionalista moderna" (de raíz kantiana) y la "axiologista" (1).

Para la doctrina de inspiración escolástica, el Derecho natural es un orden normativo constituido por el conjunto de primeros principios que operan como "participación de la ley eterna en la criatura humana" en los cuales el legislador humano debe inspirarse para formular el orden coactivo que ha de regir efectivamente a la sociedad.

Para la moderna concepción racionalista, el Derecho natural es el conjunto de reglas formuladas en base a los principios proporcionados por la

(*) Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en La Plata.

(1) En su libro titulado El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1965. Norberto BOBBIO distingue tres formas típicas de jusnaturalismo moderno: La "escolástica", la "racionalista moderna" y la "habbesiana". Según Bobbio, esta última vertiente se caracteriza por la pretensión de constituir el fundamento de legitimidad del poder del legislador humano, prescribiendo a los súbditos la obediencia a todo aquello que ordena el soberano. Yo estimo que en esta forma subyace una exigencia axiológica de indudable contenido político. Pero, además, creo que ella constituye una variante de la concepción, bastante difundida a partir de la expansión de la teoría de los valores, de que el Derecho natural encuentra su último fundamento en el plano axiológico, toda vez que se muestra como el resultado de un proceso de racionalización tempoespacial de la Justicia y de otros valores jurídicos.

recta razón *(dictamina rectæ rationis)* con el objeto de constituir la materia de la legislación.

Y para la posición axiologista —no pocas veces impregnada de matiz político— el Derecho natural constituye el fundamento o sostén axiológico del orden jurídico positivo.

Como nota común, estas tres direcciones sostienen en general una primacía absoluta y apriorística del Derecho natural sobre el Derecho positivo, considerando a aquél, propiamente, como un sistema de principios no explicitados, de universal validez y permanente vigencia. Primacía que es fundamentada, en una última instancia, en una profesión de fe, en una exigencia ética de la razón pura, o en la intuición emocional de un valor absoluto.

II

Aun quienes niegan toda especie de fundamentación del Derecho positivo por el Derecho natural, no dejan de reconocer la evidente función orientadora que sobre la mentalidad del constituyente, del legislador, del juez o del jurista ejerce cierto conjunto de principios fundamentales que expresan, con mayor o menor amplitud, las exigencias de Justicia de la comunidad en la cual aquéllos desarrollan su actividad.

Es posible que no exista en el mundo moderno una fuente normativa a cuya responsabilidad se haya confiado la delicada tarea de reglar aspectos fundamentales del comportamiento humano, que no haya conferido vigencia actual a aquellos principios orientadores básicos, ya especificándolos o individualizándolos a través de su propia razón histórica, ya extrayéndolos, a modo de ideas directrices de ordenación social, de las múltiples vivencias estimativas traducidas en los juicios de valor más generalizados en la sociedad (2).

Los principios del Derecho natural, que expresan sintéticamente una serie de imposiciones de Justicia del espíritu humano, constituyen en efecto una función lógico- axiológica indesplazable de la función jurídico- productora. Esta influencia se advierte con toda evidencia cuando el constituyente o

2) Sobre este tema, véanse nuestros trabajos titulados "*Carácter, función y relatividad de los principios generales del Derecho*" en Rev. La Ley. t. 1981-D. pág. 1203 y "*La unidad ontológica del Derecho*" en Rev. La Ley. t. 1982-D. pág. 693.

el legislador deben reglar ciertos aspectos del comportamiento humano que exigen la aplicación de un criterio fundamentado en el más riguroso equilibrio racional.

Las direcciones jusnaturalistas, operando con el prejuicio de la unicidad e inmutabilidad del Derecho natural, adjudican a sus principios, o por lo menos, a algunos de ellos —los genéricos o fundamentales— una validez universal y una vigencia ilimitada, Esto ocurre, por ejemplo, con los principios que consagran como condiciones básicas para la consecución del bien común, el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad privada, etc.: y también, no pocas veces, con los que imponen el matrimonio monogámico, la equivalencia de las prestaciones de contenido patrimonial, etc.

Pero ninguna de esas direcciones ha podido explicar con fundamentos suficientemente claros la desigual aplicación que a lo largo de la historia se ha venido haciendo de aquellos principios, a través de su incorporación como fundamento de ciertas instituciones jurídicas capitales.

Ni tampoco han podido dar razón suficiente sobre el hecho de que, pretendiendo realizar la Justicia mediante la concreción del bien común, una legislación positiva admite el aborto, la pena de muerte y la propiedad colectiva, en tanto otra, vigente también en su misma época y fundamentada en el mismo principio del bien común, rechaza con la mayor firmeza dichas instituciones, calificándolas como injustas e incompatibles con las condiciones esenciales de vida exigibles por la naturaleza social del hombre.

En otros términos: la concepción de un Derecho natural absoluto e inmutable, nunca ha podido hallar un fundamento válido para justificar por qué un mismo principio ético de jerarquía axiológica casi suprema como es el bien común, resulta susceptible de estimaciones tan opuestas.

La raíz de esta aparente contradicción subyace, sin duda, en el error en que incurren quienes suponen que la Justicia tiene una dimensión única y universal. Error que se manifiesta con evidencia cuando advertimos que la razón humana que fundamenta o simplemente explicita los principios del Derecho natural, no opera sobre sí misma, sino que opera en función de la experiencia histórica, que es un permanente contacto existencial del hombre con elementos empíricos siempre heterogéneos, siempre cambiantes, siempre condicionados por factores distintos y, a la vez, condicionantes de enfoques y actitudes diversas.

III

La problemática expuesta demuestra bien a las claras que las tesis jusnaturalistas deben reobrar sobre sus propios supuestos.

Y, para ello, les es preciso reconocer que la diversidad de formulaciones y de criterios de aplicación de los principios del Derecho natural responde a las propias características de la vida social, cuyo desarrollo implica una constante mutación de contenidos. O, lo que es lo mismo, responde a la perspectiva histórica que tiene las concepciones filosóficas sobre la Justicia, que es, en definitiva, el fundamento último y permanente del Derecho natural.

La búsqueda de la Justicia es, sin duda, el eterno anhelo de la humanidad. Es, diríase, la constante motivación de todo proceso histórico-social, cualesquiera sean sus contenidos circunstanciales. Y, como tal motivación, constituye una problemática de fondo para el quehacer filosófico cada vez que éste, desde un enfoque específicamente jurídico, se dirige a indagar los ingredientes del comportamiento humano.

Pero, así como hasta hoy no le ha sido posible al hombre concretar en los hechos un orden social justo —pues, lo que alguna vez fue estimado como justo, con el correr del tiempo fue descalificado como injusto—, tampoco le ha sido posible formular una teoría que pudiera constituir una respuesta definitiva a los interrogantes que plantean la esencia de la Justicia, sus fundamentos, sus modos de manifestación empírica y los criterios aplicables para lograr su realización.

En este aspecto, el desarrollo de las concepciones sobre la Justicia muestra la misma impronta de historicidad que exhibe la Filosofía general en su intento de aprehender y demostrar la posibilidad de una verdad universal y absoluta.

Es que cada época define nuevas necesidades espirituales y materiales, nuevos conflictos y problemas, nuevos interrogantes, nuevas aspiraciones y finalidades. Cada generación humana tiene su propio concepto de lo real, de lo necesario, de lo justo. Porque en cada momento histórico el panorama vital del hombre se enriquece con las grandezas y prodigios de su progreso cultural, al tiempo que también se empobrece con las miserias de sus ambiciones, sus aberraciones y fracasos.

Hoy, todos estamos de acuerdo en ubicar a la Justicia en el mundo de los valores. La Justicia es el valor supremo; el valor dominante en toda sociedad humana. Es el que inspira, orienta y motiva la actividad del constituyente, del legislador y del juez. El que está en la base de las costumbres. El que tiene en vista cualquier hombre actuando en sociedad.

Pero, por razón de sus propios caracteres, aun cuando la Justicia tiene una permanente presencia en nuestra vida aun cuando invade de continuo nuestras esferas emocional y racional exigiendo a nuestro comportamiento determinadas acciones y omisiones, nunca podemos intuirla ni predicarla en abstracto. Sólo podemos intuirla y predicarla relativamente en concreto —como una dimensión propia del carácter justo o injusto que adjudicamos a los hechos de experiencia—, cada vez que, desde un enfoque estimativo, consideramos un acto humano o un producto de éste que logra realizarla o tiende a negarla en alguna medida.

Y no bien intentamos explicitar un sistema de conceptos con el objeto de indagar sus fundamentos, establecer sus modalidades y funciones en la esfera emotiva o proponer pautas conducentes a su concreción, nuestro propósito se diluye y fracasa, tal como fracasaría si pretendiésemos formular una teoría sobre la belleza y la bondad.

IV

Si nos preguntamos ahora cuál es la razón de nuestra imposibilidad para conocer y teorizar sobre la Justicia en abstracto, o cuál es el fundamento de las variaciones estimativas que a su respecto exhibe el desarrollo histórico de la humanidad, debemos admitir que aquella razón radica en la particular modalidad ontológica que tienen los valores; y que este fundamento entronca con la relatividad de los mismos.

Esto nos conduce a examinar brevemente los caracteres esenciales que exhibe todo valor.

Cuando atribuimos a una acción humana el carácter de buena o a una obra de arte, el de bella, estamos cualificando axiológicamente a una y a otra. Cualificación ésta que es dada en una vivencia o intuición estimativa, la cual se manifiesta como una peculiar proyección emocional del espíritu hacia el correlato objetivo cualificado.

Desde la perspectiva vivencial del yo estimativo, las cualidades "buena" y "bella" son sendas modalidades, sendas formas categoriales específicas de aquella proyección emocional. Pero desde la perspectiva de los correlatos objetivos cualificados, dichas cualidades constituyen los sentidos axiológicos de esos correlatos, que hacen que dichos correlatos adquieran el carácter ontológico de objetos culturales.

Este modo de considerar las funciones axiológicas permite afirmar que las cualidades susceptibles de ser estimadas por los sujetos son valores realizados, cuya realización fenoménica confiere a los objetos culturales que integran con el carácter de sentidos axiológicos, la esencial connotación de objetos valiosos positiva o negativamente.

Ahora bien la particular modalidad de vivencia estimativa que suscitan en el espíritu ciertos contenidos objetivos de la vida cultural, permitió a la doctrina axiológica agrupar los valores en especies diversas, cada una de las cuales ha servido de base para configurar un determinado sector del mundo de la cultura. Distínguense así los valores éticos, jurídicos, políticos, económicos, religiosos, estéticos, científicos, etc.

Y también sobre la base de la mayor o menor intensidad o persistencia de las vivencias estimativas que suscitan aquellos contenidos, la doctrina axiológica ha descubierto y conformado, dentro de cada especie sectorial, ciertos sistemas graduales (escalas) o plexos de "valores puros", acerca de cuya inmutabilidad estructural se han explicitado las más variadas argumentaciones. Las concepciones axiológicas de Max Scheler y de Nicolai Hartmann dan ejemplos de ellas.

Sin embargo, para rechazar tal idea de inmutabilidad, basta señalar que aun en el contexto de las teorías menos empiristas (incluso aquéllas que, como la de Max Scheler, consideran a los valores a la manera de esencias universales *a priori)*, la fundamentación de la vigencia de los plexos axiológicos puros terminó teniendo siempre una base empírica; una base condicionada por la realidad fenoménica de la preferibilidad subjetiva mayoritaria.

No cabe duda de que las teorías objetivistas han estado siempre más cerca de una ontología del valor que las subjetivistas. Pero, o han fracasado porque elaboraron una maraña imaginativa indemostrable en torno a la valencia apriorística y metafísica del valor, o han terminado desdibujando su propósito inicial porque consideraron al valor como un objeto ideal con una estructura ontológica intuible intelectualmente.

El valor, sin embargo, no es una función metafísica ni es un ente ideal. Separado del sustrato o contenido objetivo en el cual se ofrece a la intuición emocional como una cualidad estimable, el valor carece de una estructura ontológica independiente. Es sólo el producto de una abstracción. Sólo el nombre con el cual designamos a una forma categorial de nuestra vivencia estimativa, imaginándola abstraída de todo aquello que la suscitó.

Es decir, la única modalidad de presencia intuible —y por tanto cognoscible— de esa manifestación esencial del orbe espiritual que llamamos "valor", está dada sólo por la función que cumple como sentido axiológico o cualidad estimable de un contenido sensorial o intelectualmente intuible.

De ahí entonces nuestra imposibilidad de considerarlo como un objeto integralmente estructurado. Y de ahí también que sólo podamos concebirlo como una forma, una modalidad de nuestra proyección emocional; es decir, una cualidad estimable que, con el carácter de sentido axiológico concreto, se integra con cualquier contenido aportado por la intuición sensible o la intuición intelectual, constituyendo con ese contenido un objeto cultural positiva o negativamente valioso. No tiene un ser independiente con consistencia y caracteres propios. Es sólo un momento abstracto que, como sentido axiológico, integra la totalidad unitaria del objeto cultural.

Esto plantea la necesidad de una adecuada revisión crítica del llamado "objetivismo axiológico". Pues tal objetivismo no se da en plenitud; no de un modo absoluto sino sólo relativo. Relativo, porque para que el valor pueda hacerse presente como contenido intuicional por su vía específica —la valoración o vivencia estimativa— necesita acoplarse a otras intuiciones previas, respecto de las cuales tiene una permanente relación de dependencia gnoseológica. Y relativo también, porque los continuos cambios de actitudes estimativas que se operan en los sujetos, determinan que ciertos contenidos que alguna vez fueron vivenciados como realizaciones positivas de valores, se transformen, con el correr del tiempo, en realizaciones negativas.

V

Siendo, como es, un valor, la Justicia participa también de las características esenciales ya examinadas.

Como ocurre con todos los valores, su relatividad se muestra en dos aspectos:

a) En primer lugar, dada su carencia de estructura ontológica independiente, la Justicia no puede ser conocida ni predicada en abstracto. Sólo permite ser conocida y predicada como cualidad estimable —como sentido axiológico de justo o injusto— del comportamiento humano y sus objetivaciones históricas.

b) Y en segundo lugar, como consecuencia del carácter expuesto, las vivencias estimativas sobre "lo justo" varían permanentemente con la transformación de las circunstancias histórico sociales. Es decir, la diversidad de condiciones en que se desarrolla la vida social, genera vivencias también distintas de lo que en cada caso debe considerarse justo o injusto.

De ahí entonces que la noción de un Derecho justo carezca de posibilidades de operar en la razón humana dentro de una dimensión objetiva inmutable, puesto que está sujeta a las modificaciones que el correr del tiempo y la heterogeneidad de circunstancias introducen en la estimativa de toda sociedad.

Cada sociedad, en cada época, elabora sus propios paradigmas de acción, sus propios principios de Derecho Justo, surgidos de la estimativa dominante y congruentemente racionalizados frente a todo un contexto de circunstancias concretas.

De lo cual se concluye que la permanente variabilidad axiológica que producen los cambios de circunstancias, nos impide hablar de un sistema de Derecho natural único, inmutable, de universal vigencia. Sólo nos permite hablar de sistemas de Derecho natural tempoespacialmente circunscriptos, puesto que sus respectivos principios se encuentran condicionados por las circunstancias históricas de cada tiempo y lugar.

LA DIMENSION HUMANA, HUMANISTICA Y LIRICA DE PABLO A. RAMELLA

Por Aldo Armando Cocca (*)

Quien haya tratado a Pablo A. Ramella, ha recibido una espontánea muestra de amistad, proveniente de su acendrado espíritu cristiano, de su amor al prójimo. Si ha tenido la oportunidad de repetir ese encuentro, advertirá su espíritu humanista. Y si el contacto se tradujo en amistad, participará de su lirismo. Son tres aspectos de su singular personalidad, formada por el amor al hombre, la erudición del humanista y la sensibilidad del poeta.

Estas tres manifestaciones del alma cobraban una dimensión especial en Pablo A. Ramella. Diría, conformaron una individualidad que constituyó el fundamento de su riqueza espiritual, de su alegría de vivir, y del recuerdo siempre encendido que dejó en quienes disfrutamos de su amistad.

Amaba con respeto y benevolencia al prójimo, a todo ser humano, porque lo consideraba su hermano, hijo del mismo Padre. Practicaba invariablemente la parábola del Buen Cristiano (Lucas: 10; 23-37); Cristo enseñó que todos los hombres que encontramos en nuestro camino son nuestros prójimos. En el Sermón de la Montaña, Cristo hizo hincapié en nuestra obligación de amar al prójimo (Mateo: 5; 43-44), y San Pablo manifiesta que “quien ama al prójimo ha cumplido con la Ley” (Romanos: 13; 18). También Juan: “Un mandamiento nuevo os doy: Que os améis los unos a los otros” (13; 34-35).

Esa condición humana se refleja en sus escritos jurídicos, expresión de su capacidad científica, y en su modo de obrar. Es de lamentar que su paso por los estrados más altos de la magistratura, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no haya sido más prolongado, para beneficiar a los argentinos con

(*) Jurista de Buenos Aires.

una más abundante jurisprudencia de doctrina científica y profundo humanismo, como en los tiempos de los *responsa prudentium.*

Como Petrarca, Ramella no tendría ningún inconveniente en llamar a Cicerón su padre y a Virgilio su hermano. Como esos dos arquetipos, dejó un nutrido epistolario. Poseo un centenar de cartas de Pablo A. Ramella, reunidas en veinticinco años de amistad, un repositorio de apreciable valía para el estudio del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional de nuestro tiempo.

Son pocos los estudios conocidos sobre el renacimiento de la ciencia jurídica y del humanismo de los juristas. El cultivo y conocimiento de las letras humanas o clásicas no excluyeron a la literatura jurídica; y son recogidos con la denominación de *studia humanitatis.* Muchos parecen olvidar las portentosas raíces que el Derecho Romano brindó a la cultura universal y los precedentes del Derecho de la Grecia clásica, recogidos por los decenviros en las XII Tablas. No es posible olvidar las leyes de Solón y de Licurgo, que los patricios enviados por Roma a las ciudades griegas de la Italia meridional, incluso a Atenas, trajeron para incorporarlas en las primeras codificaciones de su derecho. Tampoco tienen en cuenta que el Derecho es la más antigua de las ciencias y la única, entre todas, que acompaña al hombre antes de su nacimiento y después de su muerte. Es la más antigua, porque aparece al mismo tiempo que el hombre. Nace de la primera mirada del hombre a su semejante. Si esa mirada reflejó afecto o amor, nació el Derecho Civil; si fue de desprecio u odio, nació el Derecho Penal. Estos argumentos ofrecí cuando se estudiaba la posibilidad de incorporar juristas a la Academia Internacional de Astronáutica, de París, creada en 1960, la más completa y calificada corporación académica internacional. Entonces poseía tres secciones: de ciencias puras o fundamentales, de ciencias aplicadas y de ciencias de la vida. Sostuve también que debía incorporar a juristas en ciencias de la vida, porque la vida sin derecho no merece ser vivida. La Academia aceptó por consenso los argumentos. Pero además, desde ese momento el Derecho, considerado como conocimiento científico en algunas de sus facetas, pero no como una ciencia propiamente hablando, adquirió jerarquía de primer nivel entre las otras ciencias. Con ello, el Derecho reconquistó el puesto que poseía en la antigüedad, del mismo modo que en el Renacimiento recobró la belleza del lenguaje y la elegancia de la forma, sobre la base de estudios arqueológicos, históricos, lingüísticos y geográficos más concretos.

El humanismo renacentista llega a España con los italianos llamados por Fernando el Católico (Pedro M. de Angheria, los Geraldini, Marineo Sí-

culo), quienes influyeron eficazmente en Antonio de Nebrija, educado en Italia. Con los Reyes Católicos y Carlos I de España y V de Alemania, se da el formidable renacimiento jurídico impulsado por Francisco de Vitoria.

El camino para ese reconocimiento lo inició Francisco de Vitoria hace quinientos años. La humanidad concebida por Vitoria no fue imaginada por las brillantes cortes italianas ni por la cancillería vaticana. Para ello Vitoria necesitó incluso enfrentar al Papa y al Emperador. Finalmente la Sede Apostólica respaldó su doctrina y su actitud. Y el emperador Carlos V ocupó un día un asiento de alumno en la clase de Teología en la Universidad de Salamanca que dictaba Vitoria, a las siete de la mañana. El maestro Vitoria, respetado en vida como un Pitágoras por la profundidad de su conocimiento, la trascendencia de su enseñanza, su alto valor moral, su respeto por la libertad académica y el derecho a criticar las decisiones papales e imperiales. Con estas características de su labor educativa introdujo el Renacimiento en la enseñanza y logró en solo veinte años de catedrático crear el nuevo Derecho de Gentes, el Derecho Constitucional y muchas otras figuras de la ciencia jurídica que aún hoy, en el portal del siglo XXI, no han sido incorporadas aún a los ordenamientos jurídicos de los pueblos. En su labor de educador y en el cultivo del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional, a los que dedicó mayores empeños, Ramella se desempeñó en esa misma trayectoria.

Como en el Renacimiento, los juristas más avanzados de nuestro tiempo se alinearon tras un objetivo más elevado: forjar una humanidad superior a la existente. Ello se lograría con el reconocimiento del carácter de sujeto jurídico en favor de la humanidad. Esto lo logra el Derecho del Espacio, cuyo *Corpus Iuris,* integrado por los tratados y convenios internacionales en vigor, le ha reconocido esa categoría por unanimidad y aclamación en la más amplia asamblea política con que contaron los pueblos a través de su historia, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a partir de 1966. El Dr. Ramella siguió paso a paso este proceso y lo apoyó cálidamente.

El 12 de octubre de 1982 el Consejo de Estudios Internacionales Avanzados de la Argentina convocó al estudio del nacimiento de los derechos del hombre, de los pueblos, de las naciones y de la humanidad. Como lo indicaba la sana crítica, el análisis debía tener como eje el pensamiento de Francisco de Vitoria y de los juristas de la Escuela de Salamanca, ampliada con los que conformaron la Escuela Española de la Paz de los siglos XVI y XVII. El inicio de las investigaciones coincidía con el quinto centenario de Vitoria y del Descubrimiento de América Alrededor de cien actos académicos se realizaron en América, en Europa y en Asia, a cargo de los integrantes de la Es-

cuela Argentina de Derecho del Espacio, que tuve el privilegio de fundar en 1947, la cual, después de esa labor, es llamada también Escuela Argentina de la Paz. Fueron diez años de indagaciones profundas acerca del origen del Derecho Internacional de nuestros días y de la ciencia jurídica que deberá orientar a los legisladores para un mayor bienestar de los individuos, de los pueblos y de la humanidad. Esos investigadores y educadores se dieron la tarea de organizar y participar en diferentes ámbitos académicos, alrededor del mundo. Los primeros actos se realizaron en la Argentina organizados por el Ateneo de Informática —institución a la cual la Academia Internacional de Astronáutica confió el léxico, diccionario y banco de datos en ciencias del espacio en idioma español— y el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales del Espacio —creado para dar cumplimiento al primer programa nacional de investigaciones en esas áreas del Derecho, del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas-. Ambos tienen su sede en Buenos Aires y son órganos científicos de la Fundación Casa de la Cultura de Córdoba. La publicación del libro *El derecho a comunicarse - The right to comunícate* (1983), y del estudio de Enrique de Gandía *Viejas y nuevas interpretaciones del descubrimiento de América* (1984), que recoge el primer acto y primer análisis del tema con ocasión del V Centenario del Descubrimiento de América, le dieron autoridad a los estudiosos argentinos para participar y organizar esos encuentros internacionales celebrados durante el decenio. Las reuniones se realizaron en otras ciudades argentinas: Córdoba en tres oportunidades, Rosario, La Plata, Santa Fe, Mar del Plata, Bahía Blanca, Mercedes (provincia de Buenos Aires), Salta, Corrientes, San Miguel de Tucumán, San Isidro. *Y* en el exterior: La Haya, Londres, Montevideo en dos ocasiones, París, Lima, Lausana, Seúl, Porto Alegre, Praga en dos ocasiones, Río de Janeiro, Sofía, Cartagena de Indias, Ottawa, Brighton, Ginebra, México, Bangalore, Santo Domingo, Torremolinos, Washington, Madrid, San José de Costa Rica, en dos oportunidades.

De entre todos esos actos y foros, hubo uno que le hubiera complacido mucho participar al Dr. Ramella, y que, de haber podido hacerlo, hubiera dejado la huella de su enseñanza a los jóvenes investigadores y becarios del Conicet, convocados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales del Espacio. Cuando enfrentaron la pregunta: ¿Deben ubicarse las ideas de Vitoria en el plano de precursoras, o pueden considerarse contemporáneas?, los jóvenes siguieron el juicio de Antonio Truyol y Serra, en su prólogo a la edición de 1967 de la *Relectio de Indis*, al estudiar la obra de Vitoria en la perspectiva de nuestro tiempo. Al respecto manifestó que Vitoria fue "moderno", como lo habían sido a su manera San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, al incorporar al acervo cristiano el aristotelismo, y como lo han sido,

también a su manera, en el siglo XX, las nuevas corrientes de la exégesis bíblica y de la teología que han preparado las formulaciones del Concilio Vaticano II, al hacer suyas las adquisiciones de las ciencias humanas y del pensamiento de los últimos siglos, dondequiera hayan surgido. En este aspecto —entendía— es Vitoria no tanto un precursor, cuanto un contemporáneo nuestro. En esta oportunidad, como en otros encuentros científicos, se compartió mi parecer de que Vitoria formuló un derecho que va más allá del internacional, un *ius ecumenicum*, que responde a su ecumenismo jurídico *totus orbis*. La palabra "ecuménico" es aplicada conforme a su etimología griega: *oikomenikos*, lo relativo a todo el orbe, al mundo poblado. Su doctrina es considerada como uno de los elementos decisivos en la elaboración de una noción del género humano, plenamente humano, es decir, en coincidencia con el sentir y el pensar de Pablo A. Ramella.

El libro que contiene esa multiplicidad de análisis en una gran diversidad de geografías y de culturas, se publicó en 1992 con el título de *V Centenario de los Derechos del Hombre, de los Pueblos, de las Naciones* y *de la Humanidad*, por el Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, para su colección Cooperación Académica Internacional. Pablo A. Ramella dedicó un extenso y ponderado análisis de esta obra, en la "Revista Jurídica La Ley", Buenos Aires, 12 de mayo de 1993. Señaló los logros de la investigación y nos distinguió con conceptos como éstos: "Es de destacar el alto nivel con que se tratan los temas"; "En la Universidad de las Naciones Unidas e Instituto Internacional de Derecho del Espacio, se afirmó la necesidad de identificar las condiciones, con el fin de mantener el espacio ultraterrestre para finalidades exclusivamente pacíficas"; "Al realizarse la reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio (Lima, 1984), Cocca denunció como reprochable la clásica fórmula "*Si vis pacem, para bellum"* (si quieres la paz, prepárate para la guerra) y enfatizó el pensamiento de Vitoria de oponerse a toda pretensión de guerra injusta". "En el Simposio Internacional hacia una Nueva Filosofía, Tecnología y Cooperación en las Comunicaciones, reunido en Seúl (1984), se aprobó una declaración que recoge en sus considerandos la síntesis del pensamiento vitoriano sobre el derecho a comunicarse"; "En Praga (1985) sesenta científicos convocados por la Academia de Ciencias de Checoslovaquia, entendieron que era necesario llegar a una interpretación uniforme de las cuestiones principales de interés jurídico"; "El VI Encuentro Mundial de Escritores (Sofía, 1986) destacó el procedimiento cultural de la paz porque, como lo expresó Cocca, paz es, en definitiva, un proceso de educación"; "Un hecho significativo y de trascendencia histórica fue lo resuelto en el X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, realizado en Buenos Aires (1989). El Consejo Directivo de la

entidad encomendó a su presidente, Aldo Armando Cocca, elaborar un texto, que fue aprobado por consenso el 11 de noviembre de 1989, relativo a las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad. Se enuncian principios de gran profundidad jurídica y ética que de cumplirse asegurarían la paz, la solidaridad y la integridad del género humano".

He mencionado alguno de los juicios que ha merecido al Dr. Ramella esta empresa científica de los argentinos y debo declarar que he trascrito su opinión respecto de las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad, ya anticipada en la misma revista "La Ley" del 16 de agosto de 1990, para consignar algunos hechos ulteriores. Los principios de la Declaración fueron prontamente incluidos en la enseñanza de universidades alrededor del mundo. La primera en hacerlo fue la cátedra del profesor Michael Milde, de la Universidad McGill, Montreal, Canadá, que empezó a enseñarla el mismo año de su aprobación, porque el año lectivo comienza en octubre en el hemisferio norte y el texto inglés-español de la Declaración, fue distribuido a las academias y universidades inmediatamente después de aprobado. La Declaración ha sido, al presente, traducida a doce idiomas, entre ellos tres orientales. La Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, creó pocos meses después, en el año académico 1990, el Curso Profesional Orientado: Los Derechos de la Humanidad con Relación al Ambiente, primero en el mundo en reconocer y enseñar en forma orgánica la autonomía de la humanidad como sujeto jurídico.

Debo volver mis referencias a 1990 para recoger la opinión del Dr. Pablo A. Ramella, en el artículo que dedicó al documento argentino sobre los Derechos de la Humanidad: "Las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad contienen principios del más elevado idealismo, afirmando los valores esenciales del ser humano y de las naciones". "Enunciaremos algunos principios de las XII Tablas, que reconfortan el espíritu de los que soñamos con un mundo en el que reine la verdadera justicia, no la de los escribas y fariseos, y el amor entre los hombres y las naciones"; termina el notable documento con estas palabras: "La unión de los hombres y de los pueblos, nace de haber alcanzado conciencia genérica de ser y pertenecer a la humanidad". El Dr. Ramella cierra este artículo con palabras muy suyas, propias de su conformación intelectual y moral: "Las divinas enseñanzas de Nuestro Señor Jesucristo proclamadas hace dos mil años, los cristianos las cumplimos ahora en mínima parte y en la mayoría de los pueblos ni se conocen. No por eso pierden su sabiduría y quedan como pilares inconmovibles para construir sobre ellos un mundo mejor".

El Dr. Pablo A. Ramella estuvo muy vinculado, desde su creación, a la Fundación Casa de la Cultura de Córdoba, una fundación familiar, que me correspondió erigir el 9 de julio de 1966, sesquicentenario de la Declaración de la Independencia, con el objetivo de llevar sus actividades "al más elevado nivel cultural y científico, para ofrecer una imagen espiritual enriquecida del ser argentino en el panorama nacional y ante el mundo". La base científico-cultural se formó del material que perteneció a las últimas cinco generaciones de la familia, que comprende manuscritos desde el siglo XI, incunables, elementos de la caballería y armaduras y, sobre todo, libros de los siglos XVI a XIX, entre ellos algunas ediciones de los que se utilizaron en la Primera Escuela de Leyes de la Universidad de Córdoba, creada en 1791. El Dr. Ramella participó en reuniones en la sede de la Fundación, tanto en Buenos Aires como en el Asiento Cultural y Museo en Córdoba. Con ocasión de inaugurarse la colección Educación, con el libro *Universidad Cuaternaria*, el Dr. Ramella publicó una nota crítica sobre este libro en el "Nuevo Diario", San Juan, 6 de noviembre de 1992: "La Casa de la Cultura fue creada el 9 de julio de 1966. Funciona en esa ciudad en un amplio edificio. Posee una biblioteca de gran importancia. Desde esa fecha ha realizado innumerables reuniones de diverso carácter y ha publicado un buen número de libros jurídicos, científicos y literarios".

La Fundación ha valorado mucho el aporte del Dr. Pablo A. Ramella a su labor científica y literaria, con su concurso personal y con su obra poética, que ha enriquecido su biblioteca.

Llego así a otra faceta de la personalidad de Pablo A. Ramella: su dimensión lírica. La lírica es el más encumbrado de los géneros, junto a la épica, y adquiere mayor jerarquía porque está dedicado a la expresión de los sentimientos más vivos. Es el género que expresa el mundo subjetivo del autor. La poesía lírica de Ramella es, a la vez, intelectual y sentimental. Sin descuidar lo formal, porque Ramella es un informado, su poesía es espontánea. Como poesía íntima, requiere un mayor refinamiento de la sensibilidad, que es muy rica en Ramella y además está impregnada de religiosidad o, más bien, de piadosos sentimientos.

Pablo A. Ramella dio el ejemplo en su admirable y fecunda ancianidad, de ofrecer, con entusiasmo y fervor, una copiosa obra jurídica y literaria, como para perfeccionar lo ya entregado en tantos años de creaciones intelectuales y espirituales y como testimonio de la lozanía de su intelecto y de su espíritu creador.

Es su legado. El legado de su alma, conjunción armoniosa de las dimensiones humana, humanística y lírica.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CULTURAL DE LATINOAMERICA (*)

Por Pedro J. Frias (**)

1. INTRODUCCION

Los derechos humanos se desarrollan siempre en una cultura política. Para comprenderla han de examinar su sustento jurídico y desde luego su conciencia moral. La reconstrucción que intento privilegiará algunos aspectos y sin ser conjetural, es opinable. Pero la creo significativa para conocer su historia e indagar su porvenir.

He sido siempre un *"optimista sin ilusiones"* (PASCAL). Por eso trataré los derechos desde la óptica de la ciencia política y constitucional, pero en el contexto sociológico ineludible. Examinaré las tradiciones políticas, las transiciones cumplidas y concluiré con diez tesis abiertas al futuro.

2. LAS TRADICIONES POLITICAS IBEROAMERICANAS

El cientista político argentino Mario Justo LOPEZ advertía que la democracia pluralista supone diálogo y oposición, así como la democracia requiere consenso. Sin consenso fundamental, el diálogo resulta imposible; sin pluralismo resulta innecesario.

Las dos tradiciones políticas del siglo XVIII que han regido hasta ahora, son el despotismo ilustrado y la democracia "jesuítica" de Francisco SUAREZ.

(*) Este artículo interrelaciona fragmentariamente reflexiones publicadas en diversos tiempos y medios.

(**) Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

El despotismo ilustrado se apoyó en la incipiente cultura política de los pueblos iberoamericanos y en la praxis monárquica de los Borbones. Las enseñanzas del Obispo de Córdoba San Alberto justificaban este poder que no era responsable ante los gobernados aunque actuaba a favor de ellos. "Por el pueblo, para el pueblo, sin el pueblo" era su síntesis.

La democracia jesuítica de Francisco SUAREZ, el *Doctor Eximius* de Granada, enseñaba otro principio de legitimidad: "Dios crea la autoridad, la deposita en el pueblo, que la delega en los gobernantes".

Si en algunas áreas prevalecía el germen democrático del suarismo, en casi todas era el despotismo ilustrado el que daba su tono a la "praxis". Fue la tradición política que prevaleció cuando se trataba del ejercicio del poder, por el conjunto de hábitos interrelacionados que formaban parte de ella.

Cuando las nuevas ideas insinuaron lo que con el tiempo sería un poder limitado en el Estado de Derecho, quisimos arrancarnos la careta, pero la máscara estaba pegada a la cara.

Hay tres clases de problemas de comportamiento político que no hemos resuelto todavía. Procuraré resumirlos ahora.

1. El poder no es una cualidad sino una relación: A tiene poder sobre B si influye sobre él.

Bajo la monarquía, esta relación se fundaba en la *convicción* de que el monarca recibió de Dios la facultad de "gobernar los pueblos con equidad, justicia y tranquilidad".

Al secularizarse la relación, deja al poder vacilante entre el consenso y la coacción, y por esto el discurso liberal busca *persuadir:*

a) Convertir la autoridad que exige *sumisión* en una relación que exige *asentimiento;*

b) Hacer perceptible el *servicio del cargo* por los gobernantes a una comunidad descreída de sus gobiernos;

c) *Asociar* al ciudadano a la empresa política.

2. La decisión exige un *previo momento unificante* (la comunicación entre gobernantes y gobernados, incluso a través de elites incipientes), y éste se obtiene por *articulación social* o por *dominación política.*

a) La primera es la democrática aun antes de la democracia;

b) La segunda es la autoritaria o carismática.

Autoritaria: el poder se hunde verticalmente en la sociedad (este poder que es relación *influyente).*

Carismática: la sociedad se eleva hasta el carisma.

3. También había que ejercer el poder por autoridad *propia* (y no *vicaria),* localizada en el espacio americano, *Y* empezar a controlar ese poder incluso "sobre el vértice", es decir el de las autoridades mayores, lo que sólo puede hacerse dentro de los gobiernos mismos.

En resumen: con la independencia, era necesario:

a) Estrenar la lealtad del ciudadano en vez de la fidelidad del vasallo;

b) Había que basar el poder en una articulación de la comunidad, y no ya en la dominación de un soberano que busca consenso pero no depende de él;

c) Había que ensayar el control del poder desde dentro de los gobiernos mismos para evitar su desviación;

d) Había que reconciliar las nuevas dimensiones de la libertad con la igualdad por hacer, pero sobre todo había que lograr la convivencia de las libertades civiles y políticas con la nueva autoridad.

e) El problema era pues instalar un poder digno de la libertad. Instalar una autoridad era crear, casi de la nada, una correa de transmisión entre la sociedad incipiente de notables y los órganos de poder. Instalar órganos de poder era imaginar un régimen que vacilaba entre la monarquía - paradigma de la época-o las nuevas repúblicas de Estados Unidos y Francia. Optar por la república era inevitable casi -dada la incertidumbre de legitimar una dinastía- pero suponía la movilización permanente y la fragmentación de sus intereses.

El conflicto de la libertad con la autoridad no era entonces más que un conflicto de la realidad consigo misma; la sociedad tenía que hacer crecer sus interacciones y ordenarlas republicanamente -no de cualquier modo- en el mando y la obediencia: un mando fundado en la articulación política y una obediencia prestada a la ley.

2.1 La construcción política de BOLIVAR

Paso a un segundo momento de nuestra cultura política. El Libertador Simón BOLIVAR nos ofrece un ejemplo de cómo la independencia trató de despegarse la máscara, dejar la tradición autoritaria y encolumnarse con la incipiente democracia.

Bolívar era hombre de la Ilustración, maestro de la palabra, formado en Europa, pero no sólo "reflejo", sino "reflexión". Fue elocuente para describir el vasallaje americano.

Para esta interrogación hecha al pasado, BOLIVAR ofreció sus proyectos constitucionales. Si en vez de responder a las necesidades de su tiempo respondiera a las del nuestro, quizás sus propuestas asumirían otras formas. Lo importante es confrontar su instinto de moderado con el régimen político que podía adoptar la América Española.

Cuando ahora proponemos competición política y participación política, BOLIVAR coincidiría: sí, pero... Sí, pero en una sociedad consolidada.

Y así como nuestro ALBERDI quería *"La República posible antes de la venidera"*, BOLIVAR pensaba en la república imperfecta pero perfectible.

La transición política latinoamericana planteaba a los libertadores dos preguntas: por qué y para qué.

Hombres menos responsables que BOLIVAR y SAN MARTIN podrían haberse conformado con contestar a la primera: ¿por qué? Pues bien, muy simple: independizarse porque se ha agotado la sustancia moral del vínculo de dominación.

Pero, ¿y la segunda? El para qué obsesionaba a los dos: reenviaba a otro interrogante: ¿qué serán nuestros pueblos? La libertad es el camino del ser. Pero el ser..., la viabilidad... BOLIVAR no era ingenuo. Es preferible traducir su escepticismo sobre la capacidad política de proyectar en común y

sobre la calidad ética del ejercicio político como una reflexión crítica del hombre de la Ilustración en matriz americana. Lo he dicho ya, pero hay que insistir. Insistir en que sus propuestas políticas son para la instalación no de un régimen definitivo sino de una transición.

Esos órganos eran la cámara popular, el Senado hereditario y la presidencia electiva y vitalicia: un órgano democrático y dos aristocráticos. Y todavía el Areópago, el poder moral.

En su discurso de Angostura en 1819, BOLIVAR sintetiza muy concretamente: *"El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política"*.

Las propuestas han sido objeto de innumerables comentarios. Desde los entusiastas como el olvidado del maestro BIELSA ("La concepción política de Bolívar" *en Estudios de Derecho Público,* Arayú, Buenos Aires, 1952, t. III, pág. *591),* a los aprobatorios de Salvador de Madariaga *(Bolívar,* Editorial Sudamericana Bs. As., t. II, pág. 21). Y como es Madariaga el más crítico, es el mejor para la glosa, porque pone de relieve sin adulación el pensamiento de la transición.

Si "fue Sucre el sufrido artífice del nacimiento de Bolivia", fue el libertador el que le dio su constitución política. Enrique M. BARBA ha evocado la visita de BOLIVAR al Alto Perú, que fue como una exaltación de su gloria ("Bolívar y el Alto Perú", "La Nación" 7/8/83). Yo lo veo sobre la cima del cerro de Potosí con su estado mayor, agitando -como él dijo- *"el estandarte de la libertad, desde las playas ardientes del Orinoco, para fijarlo aquí, en el pico de esta montaña, cuyo seno es el asombro y la envidia del universo*".

Si el símbolo satisfacía a la gloria, exaltaba el carisma, representaba la fundación de un Estado como un dato plástico para la posteridad, el haber aceptado dar la Constitución a Bolivia -la única petición cumplida entre todas las que se le hicieron- habla bien a las claras del empeño constituyente de BOLIVAR. Y no digo constituyente en el sentido de quien redacta la ley fundamental, sino de quien pone lo fundamental de las leyes. Es posible que como hombre de la Ilustración creyera en la capacidad social conformadora de la ley, pero su sentido de las realidades estaba por encima del prejuicio formal. El quería encarnar su proyecto de sociedad para que la autoridad sostuviera la libertad y la libertad convergiera hacia la autoridad.

"Creaba un Poder Ejecutivo en el que un presidente sería vitalicio con derecho para elegir a un vicepresidente que administraría el Estado y le sucedería en el mando. Ponía el acento, y no era éste un recurso de circunstancias, en el principio de libertad e igualdad; sin ellas perecen todas las libertades, todos los derechos". "En verdad, Bolívar era consecuente con la legislación que él mismo había dictado al hacer al indio ciudadano de la república, con igual derecho y responsabilidad que los blancos y mestizos. Decretó el cese del poder de los caciques ricos y poderosos que explotaban a sus hermanos" (BARBA, cit.).

Podríamos remitir toda la obra constitucional de BOLIVAR a un pensamiento estampado en la Carta de Jamaica en 1815: "No siéndonos posible lograr entre las repúblicas y monarquías lo más perfecto y acabado, evitemos caer en anarquías demagógicas o en tiranías monócratas".

Para ello desechaba los copiadores serviles, pero proponía modelos. Desechaba también las especulaciones sin correspondencia con la realidad. En el manifiesto de Cartagena de 1812 había dicho: "Los códigos que consultaban nuestros magistrados no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del gobierno, sino los que han formado ciertos visionarios, que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política, presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano. De manera que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica, y sofistas por soldados. Con semejante subversión de principios y de cosas, el orden social se resintió..., y desde luego corrió el Estado a pasos agigantados a una disolución universal, que bien pronto se vio realizada".

Hay que señalar por lealtad que este reproche alcanza al propio BOLIVAR cuando propone su cuarto poder o Poder Moral. *"El Poder Moral de la República reside en un cuerpo compuesto de un presidente y cuarenta miembros, que bajo la denominación de Areópago, ejerce una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera educación"*. La instrucción y la ética social son las áreas de esta corporación de raíz grecorromana, que se llama moral porque hace a la interioridad del hombre. Lo que recogió la Constitución boliviana fue considerado antes impracticable por el Congreso de Angostura.

El juicio de Angostura era benévolo. Más que impracticables, eran riesgosas las dos juntas: es un riesgo para la República atribuir un control regulador más que moderador sobre la opinión moral. Pero aun esto que digo debe relativizarse: quizás los "prudentes" del Areópago no hubieran exagerado su

ministerio; quizás la opinión moral quedaba sin el Areópago en medios de comunicación no mejor inspirados. Pero lo que quiero decir en definitiva es que BOLIVAR se definía por sus propias palabras de reproche como "un visionario... de la perfección política".

Para ubicaramos en el siglo pasado, hay que recordar que era frecuente la preceptiva moral en las constituciones. El último ejemplo que he encontrado entre los muy numerosos, es el Art. 92 del proyecto de Constitución de fray Mamerto ESQUIU, cuando dice: *"La mediocridad de fortunas y la falta de industrias propiamente dichas en la provincia, y no el esplendor y lujo de otros Estados, son la verdadera base de leyes justas y equitativas"*.

2.2. El presidencialismo barroco

Otro caso de aplicación, que esta vez secunda a la tradición del "despotismo ilustrado", es el barroco presidencialista iberoamericano.

El barroco iberoamericano se proyecta sobre nuestro presidencialismo, como una disipación casi siempre vistosa, con su exceso de energía, con su carga instintiva más que ejercicio de razón.

La vinculación entre presidencia y barroco la intentó un ilustre constitucionalista colombiano, Carlos RESTREPO PIEDRAHITA. Siendo embajador en Italia, hubo de improvisar sobre las instituciones políticas, justamente cuanto el Instituto Italo Latinoamericano exhibía el barroco de nuestra tierra. Tomado de sorpresa, Carlos no vaciló: encontró en el presidencialismo latinoamericano una versión del barroco, desenvuelto, quizás arrogante, artificioso.

Nuestro amigo RESTREPO adujo pruebas; he aquí algunas:

En la novelística más reciente merecen mención las obras *El otoño del patriarca* de Gabriel GARCIA MARQUEZ; *El señor presidente* de Miguel Angel ASTURIAS; *El recurso del método* de Alejo CARPENTIER; *Yo, el Supremo* de ROA BASTOS y *Oficio de difuntos* de Uslar PIETRI. En otras dos obras ya clásicas de sociología política, *Los caudillos bárbaros* de Alcides ARGUEDAS, y *La América bárbara* de RODRIGUEZ MENDOZA, se diseñan las semblanzas y las andanzas caudillescas de Juan Manuel de Rosas, del Dr. Francia, de García Moreno, de Morales, de Melgarejo y otros de tal especie. En la pintura moderna, el colombiano Femando BOTERO en su famoso óleo, hoy en el Museo de Arte Moderno de New York, "La Familia

presidencial" nos muestra en los trazos espectacularmente ampulosos de la técnica de este incisivo pintor, no solamente el aire hierocrático sino también la opulencia hastiante de lo que ha sido el caudillismo presidencial latinoamericano. Verdad es, por otra parte, que con el paso del tiempo, con los progresos de la cultura general, en algunos de nuestros países ha ido mutando la escenografía tradicional y se advierten tendencias hacia un estilo de ejercicio del poder con signos más prometedores de despersonalización y "desacralización".

Precisamente, "desacralización" es una palabra clave en la transformación de este presidencialismo barroco. Es la usada generalmente en México.

Si hablamos de estilos arquitectónicos, podría imaginarse que la presidencia del Estado constitucional se adscribe al dórico, en que un estilo nítido sin "estados de alma" cumple su servicio austeramente. Pero la personalidad puede agregar el capitel corintio por su elegancia.

2.3 Recapitulación: valores, consenso y gobernabilidad

Hablé de una empresa política inacabada. ¿Y ahora? La década de los años '80 de este siglo fue perdida para el desarrollo económico, pero no para el desarrollo político. El despotismo ilustrado -más bien no tan... ilustrado- bajo las formas burocrático-autoritarias, perdió consenso social por sus efectos de demostración negativa. La democracia incipiente -por la índole de sus liderazgos y por su falta de voluntad de negociación- va transcurriendo hacia la democracia inevitable. ¿Inevitable? Sí, inevitable con la relatividad de una vida social en transformación, porque la sociedad vuelve a ser abierta, porque privilegia la negociación, porque acepta el pluralismo, porque se descentraliza, porque emprende una relectura del Estado social de derecho, para conjugar la libertad con la igualdad.

Si volvemos atrás a indagar la cultura política que se expresa prioritariamente en cada uno de esos momentos latinoamericanos, observamos que traducen la necesidad del consenso, de los valores y de la gobernabilidad del sistema político.

La enseñanza de las universidades jesuíticas sobre la democracia, privilegia el *consenso.* En la delegación que hace el pueblo, se articulan las prioridades para las políticas públicas, a veces expresadas en un programa, pero muchas más encarnadas en liderazgos efímeros o consistentes.

En el Areópago de BOLIVAR toman altura los valores. La democracia se formaliza si no hunde sus raíces en el *ethos,* es decir los valores vividos en la vida emotiva de la gente. Lo que viene a decir BOLIVAR es que la sociedad no es adulta y que es bueno ayudarla a madurar. "Moral y luces... nuestras primeras necesidades": así había repetido la Ilustración y así dejó escrito BOLIVAR. En ese espíritu, SAN MARTIN redactaba los consejos para la educación de su hija y BOLIVAR las instrucciones para la formación de su sobrino. Y en el mismo espíritu de una responsabilidad educativa del que engendra, sugería BOLIVAR las instituciones fundamentales.

Pero más allá del reproche que el mismo BOLIVAR se inculpa cuando se define *como "un visionario de la perfección política* ", y que nosotros podemos oponer a su Areópago, hay que rescatar los valores necesarios a la experiencia de la democracia pluralista.

En tercer lugar, en el despotismo ilustrado y en la presidencia barroca, ¿hay algo para rescatar? Sí y sólo la gobernabilidad del sistema político, comprometido por las demandas de la sociedad y por la participación si es desordenada He tratado este tema más extensamente y soy cauto para no ser mal interpretado. La sensibilidad de la izquierda descubre en la gobernabilidad de la democracia un punto débil para ella y para la derecha. Porque en efecto, en el primer extremo, el "estado de asamblea" lleva al caos y las restricciones indebidas a la participación, conducen al poder hegemónico. Ni el despotismo ilustrado ni la presidencia barroca son buenas muestras de gobernabilidad porque son experiencias de poder personal, pero nos indican un problema.

Creo que recién cuando en la democracia pluralista se cultiven conjuntamente los valores, el consenso y la gobernabilidad, América Latina habrá logrado su cultura política. Pero hay que estar prevenidos. Como en el canto de GUILLEN: *"el agua corre al mar y el río queda"*.

2.4. Lo ibérico y lo anglosajón

Para profundizar en nuestra identidad, abordo una cuestión muy opinable. ¿Se caracteriza nuestra cultura iberoamericana por una inmovilidad que la distancia de la dinámica anglosajona? La polémica no es de ahora, pero sigue pendiente. El historiador chileno Claudio VELIZ acaba de renovarla, con la fábula del zorro y del erizo. El erizo somos nosotros, el zorro los anglosajones. En definitiva, nosotros venimos de la contrarreforma y los americanos de la revolución industrial. La que ha triunfado es la revolución industrial.

Lo que caracteriza al erizo es la resistencia al cambio, el énfasis en el orden y la unidad, el centralismo, la simetría, la organicidad, la tradición y el barroco. Lo que caracteriza al zorro es la movilidad, el cambio, la descentralización, la asimetría, la diversidad, lo inorgánico y lo gótico. Para el erizo existe una sola verdad fija y eterna; para el zorro existen muchas verdades cambiantes. Erizos y zorros, por lo tanto, *"representan constituyentes esenciales definitivos de las tradiciones culturales dominantes en el Nuevo Mundo"*.

De acuerdo con VELIZ, todos los aspectos de la conquista y la colonización de América Latina por los españoles y portugueses llevan el sello del erizo: la construcción de un sistema centralizado de control político, el monopolio comercial, la imposición de la lengua española y la religión católica. La unidad de propósito debía manifestarse en todo: un solo Dios, un solo monarca, una sola economía, un solo ancestro. Todo lo que fuera *"diversidad, heterogeneidad, adulteración y discontinuidad, en cualquier forma, era considerado enemigo de la unidad sin faltas, exigida por este elevado propósito"*. España jugó un papel central en la contrarreforma y la renovación tridentina de la Iglesia Católica. La creación de la Compañía de Jesús, la ascendencia definitiva del tomismo como la "filosofía perenne", la organización y liderato del Concilio de Trento, la introducción de la Inquisición, del arte barroco y el rechazo a la idea luterana de la salvación por la sola fe, son todos aspectos en que el protagonismo y la participación de los españoles fueron cruciales.

Los anglosajones viven mejor en la incertidumbre, en el cambio, en la adaptación. La diferencia podría ilustrarse con los códigos de nuestra tradición jurídica y el *common law* anglosajón.

En el debate está presente la dialéctica entre catolicismo y protestantismo. Max WEBER dijo que el capitalismo era hijo del protestantismo. Yo creo más bien, después de haber vivido en Bélgica, que es fruto del frío. Sin ahorro, sin capitalización, nadie puede sobrevivir. Pero es cierto que el protestantismo privilegia el éxito.

Lo que me permito señalar es que nuestra cultura tradicional puede ser preciosa en la hora de la globalización. No para la globalización misma, que se hará bajo el signo del zorro, de la movilidad, pero sí para lo que he explicado muchas veces: tendremos que ser provincianos y cosmopolitas a la vez. Provincianos para arraigar en un medio; cosmopolitas para el intercambio de paradigmas y bienes. Estaremos pisando en diagonal, con las piernas abiertas: una en nuestro campanario, otra en cualquier parte que nos requiera. No

se trata pues de repudiar nuestra identidad. Se nos preparó para contemplar la realidad; ahora se nos pide transformarla; se nos preparó para los cambios de tiempo; ahora hay que prepararse para los cambios de clima.

Cada día tiene su afán...

3. TRANSICIONES POLITICAS

Si no hubieran pasado ya muchos años, la página introductoria de nuestro análisis hubiera podido resumir los prólogos que Manuel FRAGA IRIBARNE puso a los estudios constitucionales de nuestro subcontinente.

Era una lectura penetrante de sociología y política, ennoblecida por un compromiso que su vida ha mantenido con Iberoamérica. Una introducción más reciente de Juan MAESTRE ALFONSO (1) privilegia algunos rasgos en la descripción. Los 21 países (con Puerto Rico) acogemos diferencias étnicas: 32 millones de indios, 14 de negros, 15 de mulatos y 42 de mestizos. Sin hacinamiento, salvo en las ciudades de urbanización salvaje, la población es cuatro veces mayor que la de 1920. A pesar de esfuerzos deliberados por asumir pautas de comportamiento de sociedades más avanzadas, el crecimiento económico es insuficiente y la sanidad no impide la muerte por males curables.

¿Y el sistema político? Casi siempre está a prueba. La Constitución es un ideal a veces irrealizable: un blue sky laws; un supremo reglamento del Estado y el ciudadano, pero también signo de soberanía y mimetismo formal hacía lo moderno. Más de 200 constituciones, con un promedio de 10 por país: Haití con 23, Venezuela con 22, Bolivia con 19... La Argentina es una excepción. En la visión de MAESTRE ALFONSO, Iberoamérica vacila entre la revolución (México, Bolivia, Cuba) y la seguridad nacional. Pocas páginas explican mejor lo que es una transición que las de Carlos FLORIA (2), que me permito transcribir.

"Instalarse en una sutura es tener probabilidades de penetrar algún secreto de creación" (Jean GUITON, 1985). Es necesario, parece, asomarse al trabajo de los geólogos cuando observan con cuidado infinito dos capas yuxtapuestas. Eso da sentido a la frase de GUITON. Las transiciones, las suturas,

(1) Constituciones y leyes políticas de América Latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial, vol. I, Comisión V Centenario.

(2) "*La turbulenta transición de la Argentina secreta*", en Boletín Informativo Techint Nº 262, marzo-abril de 1990.

los pasajes en que una cosa deja de ser como era para ser distinta, los periodos de metamorfosis, son desconcertantes y sustantivos".

"Tomar en serio la transición política, entenderla no sólo como una empresa mayor difícil, pero interesante para la sociedad y los hombres concretos que la hacen, sino como la sutura deliberada que permite descubrir algún secreto esencial de un hombre o de una sociedad en un tramo de su biografía -personal o nacional- es una proposición para tiempos de crisis, pero sobre todo para tiempos de génesis".

"El pensamiento político argentino (la idea puede extenderse a casi toda América Latina y otras zonas del mundo en vista de la crisis del imperio soviético) está necesitado tanto de la perspectiva que RUSTOV llama genética, como de la funcional. No es que el punto de vista desde el cual se estudian los funcionamientos de los regímenes y sistemas políticos sean desdeñables - Se advertirá que dicho punto de vista es fundamental- sino que la actitud y la actividad intelectual son distintas cuando se piensa desde un régimen que funciona, y se trabaja para mejorarlo, y cuando se reflexiona a propósito de la génesis de un régimen político que normalmente no significa un retorno a una suerte de edad de oro que se dejó atrás".

"Parece obvio que la transición evoca el cambio de régimen y no sólo de gobierno, y que su ocurrencia supone una empresa política compleja y necesitada de inteligencia, convicciones, astucia, ejemplaridad y ... suerte. Y en ese sentido no sugiere sólo una cierta estrategia por parte de los principales actores políticos, sino la solución completa o suficiente de dilemas que en cada sociedad nacional se presentan con sus diferencias según cuestiones persistentes, estilos y tradiciones".

"Sea por medio de la reforma o de la ruptura, de la continuidad relativa o de la discontinuidad -y aun de la continuidad en la discontinuidad-, la transición como forma de cambio político tiene un punto de partida y una zona de llegada, y es esta zona de llegada donde se afirma el proceso de consolidación".

Hay que agregar que en sentido propio, la transición política se ajusta a estas conclusiones de Artemio Luis MELO (3).

(3) La transición política argentina 1982-1983, Universidad Nacional de Córdoba.

1. La transición política es un proceso de transformación profunda cuyo resultado expresa un cambio del mismo orden, es decir político.

2. El cambio emergente de la transición política se registra a nivel de régimen político y no de sistema ni de Estado.

3. La determinación del nivel de cambio operado por el proceso de transición, que es de régimen político, implica transformaciones en las reglas y procedimientos formalizados o no y en las estructuras de autoridad.

4. El cambio que implica el proceso de transición es de signo positivo cuando lleva la impronta del desarrollo político.

5. La transición es un fenómeno de la realidad política que se da en las dimensiones de espacio (transición histórica definida) y de tiempo (no existe transición *sine die,* indefinida o permanente). Su no distensión no oscurece el análisis teórico al subsumir otros estados del régimen político en el *continuum* del más amplio proceso de cambio político.

6. Es útil y necesaria la distinción analítica de los procesos de transición, instauración y consolidación política.

7. Las modalidades del proceso de transición política definen sus condiciones de historicidad y singularidad sin desmedro de la posibilidad de generalización teórica.

3.1. El sistema político

Cuando uno habla de sistema político –alude- al conjunto de las fuerzas significativas en el gobierno del país. Es hora, pues, de preguntarse por el sistema político iberoamericano. Me interrogo e interrogo a todos:

- ¿Es flexible a las mutaciones socioeconómicas? Entonces debe dar prioridad a la reestructuración del Estado.

- ¿Tiene capacidad para la solución de conflictos? Entonces debe ganar consenso para realimentar su fuerza disuasiva y su habilidad en la negociación.

- ¿Se encapsula sin reconocer los protagonismos emergentes, se *oligarquiza?* Entonces debe incorporar los liderazgos compatibles mínimamente con la cultura política que interpreta.

- ¿Reserva legitimidad suficiente para mantener a los descontentos en la legalidad? Entonces debe renovar las coaliciones sociales que dan sustento al poder.

- ¿Asegura el desarrollo con justicia? Entonces no hay que ser primero ricos para después ser justos, sino propagar el sistema de prosperidad.

- ¿Afirma la autonomía del gobierno sobre presiones sectoriales en la interdependencia inevitable? Entonces no favorecerá a una sociedad corporativa y se rehusará a ser él mismo una corporación.

Las respuestas de Iberoamérica a estas interrogaciones mías, inspiradas por Manfred MOLS, se están formulando. Sin hacerse ilusiones sobre la política doméstica, siempre contingente, muchos miran hacia afuera, hacia el pueblo continente que somos, donde existen los particularismos.

3.2. Ahora, la consolidación

No pretendo hacer teoría sobre la consolidación, pero me aventuro a sugerir algunas reglas. Helas aquí:

La consolidación es cuestión de sumas: los comportamientos de la transición deben asociarse a otras conductas de persistencia; es cuestión de espacios: ciertas realidades deben cederlos a otras más eficaces. En consecuencia:

- Las emociones deben ceder más espacio a la reflexión.

- La movilización que ocupa la calle, más espacio a las instituciones que operan el armisticio social.

- La política agonal que suma votos, más espacio a la política arquitectónica que construye.

- Las tendencias concentracionarias que marginan, más espacio a la descentralización participativa.

- El carisma, más espacio a los mediadores habituales del quehacer político.

- Los que pueden, más espacio a los que saben.

- Las suturas de la transición, más espacio a las estrategias de la persistencia. ¿Qué quiero decir?

- El Estado debe dejar más espacio a la sociedad.

- El gobierno gerente del bien común, más espacio al gobierno garante de las reglas de juego del orden social espontáneo.

- El pluralismo de *todos aparte*, más espacio al planeamiento social de las prioridades.

La consolidación democrática debe ser seguida de la persistencia del sistema político. Y la persistencia del sistema político de cada país latinoamericano debe abrirse a la nación única con la que soñaron nuestros libertadores.

4. EL ESTADO DE DERECHO, ¿NOVEDAD DEL SIGLO XX?

Caídas las utopías revolucionarias, el Estado de derecho del siglo XIX sigue siendo la novedad del siglo XX. La economía planificada centralizadamente no ha producido crecimiento. El socialismo real no ha conjugado la libertad con la igualdad. El Estado de clases se ha demostrado hostil para todos, excepto para la "nomenclatura".

El Estado de derecho se formó como réplica al capricho del soberano. Es la limitación del poder por el derecho, con garantías fundamentales de las libertades públicas, protección del orden democrático, ordenamiento jurídico, control de la constitucionalidad de las leyes. El Estado de derecho implica reglas constitucionales que se imponen a todos (Oliver DUHAMEL). En un primer nivel resalta el Estado de policía, pero no entendido como despotismo, sino como relación del Poder Ejecutivo, legalmente centrado en el derecho administrativo como derecho de personas desiguales, porque primero es necesario obedecer y recién después impugnar. El segundo nivel es el Estado legal, con soberanía de la ley y ya no de la regulación ejecutiva. Adviene la institución representativa, con el parlamentarismo grandilocuente entre las dos guerras.

La precariedad de esta construcción encontró remedio en el Estado constitucional pluralista, como lo definió Raymond ARON.

Tenemos entonces la pirámide de normas que KELSEN construyó con tanta sutileza como fragilidad. ¿Por qué? Porque el Estado de derecho supone un juego político bajo reglas que lo mantienen en el dominio pacifico del arbitraje, del autocontrol; el vencedor no debe ir demasiado lejos. EMERI (4), a quien sigo en apretada síntesis, vuelve a ARON o a Robert DAHL: la democracia pluralista, una lucha limitada. Tiene que mediar entonces consenso sobre esta limitación y esta condición necesaria vincula el tema con los procesos de comunicación social.

El vínculo es jurídico -digo- y de naturaleza constitucional y eso, por arriba de los actores cotidianos de la competición política, dada la rigidez constitucional. En tiempos de integración hay que tener en cuenta que por sobre el bloque constitucional nacional irá emergiendo el supranacional. Hay pues ya un Estado de derecho europeo que se impone a los Estados-miembros.

Los garantes del Estado de derecho son los jueces: o el control de constitucionalidad de los americanos y de algunas Cortes latinoamericanas o el control concentrado en las Cortes Constitucionales.

No faltan los “estados de alma” críticos para esta intervención de los jueces, pero felizmente para el Estado de derecho entre nosotros no es así. Podrá haber momentos de desconfianza en la institución judicial, pero nadie propone alternativas para su misión de contralor.

4.1. El tiempo de los derechos

Las degradaciones que el hombre ha sufrido en pleno siglo XX han provocado una reacción afortunada a partir de las experiencias totalitarias, las guerras subversivas y las represiones dictatoriales; las disciplinas del espíritu han consagrado los derechos humanos; más aún: se han universalizado e internacionalizado.

Que ha sido así es evidente a nuestra conciencia; menos claro puede ser el proceso histórico: primero, los derechos fundamentales del hombre de las

(4) Claude EMERI, L’Etat de droit: état de la recherche et problemes actuels. Comunicación al XV Congreso Mundial de la Asociación internacional de Ciencia Política, Buenos *Aires,* 1991.

revoluciones liberales; luego los derechos sociales nacidos de la depresión junto con el constitucionalismo social; por fin los de tercera generación, adscriptos a la sociedad posindustrial.

Los primeros -como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad- se suponen anteriores al Estado; son operativos: reconocen sujetos pasivos constitucionalmente obligados; son derechos públicos subjetivos. Los segundos -derecho a la salud, a la vivienda, a la sindicación- no suelen ser directamente operativos, porque requieren alguna intermediación estatal; los terceros -derecho a la paz, al ambiente sano, al desarrollo- no sólo no son operativos, sino que son derechos por analogía, pues son expectativas humanísimas confirmadas a veces por compromisos constitucionales.

No siempre los derechos son predicados para todos, crece el reconocimiento del derecho a la diferencia-minorías étnicas, lingüísticas, sexuales- y aun otras diferencias más sutiles que Guy SORMAN ha descripto pintorescamente en el marco de algunas universidades americanas.

Los debates no son tan simples ni de fácil pronóstico. Por ejemplo, ¿tienen algún fundamento los derechos humanos? Aquí se entrecruzan las convicciones: muchos acudirán a la entraña misma del ser humano para recordar que fue creado “a imagen y semejanza de Dios”. Pero los positivistas no concuerdan, como es sabido: un distinguido filósofo analítico ha escrito que ese fundamento es imposible, porque Dios no tiene derechos humanos... En el *tiempo de los derechos,* Norberto BOBBIO (5) dice que nacen de la experiencia histórica. Pero este debate -por importante que sea- pertenece a la filosofía política, no al derecho constitucional, que ya bastante tiene que poner orden.

4.2. Orden en los derechos

El primer atributo de ese orden lo expresa de este modo BIDART CAMPOS (6). Un derecho subjetivo debe estar formulado así: 1) en favor de quién se reconoce; es decir, quién es el sujeto activo titular; 2) contra quién resulta oponible, o sea el sujeto pasivo; 3) cuál es la obligación que grava al sujeto pasivo; de omitir, de dar o de hacer; 4) cuál es la vía de ejecución del derecho.

---

(5) Editorial Sistema, Madrid, 1991.

(6) Entre otras obras de Bidart Campos: *Constitución* y *derechos humanos,* Ediar. Buenos Aires, 1991, p. 61.

El segundo atributo de ese orden es una asignatura pendiente: suponer que hay titulares de derechos que no reconocen un sujeto pasivo, un deudor.

El tercer atributo es la universalización que acompaña como su sombra a la tendencia de universalización del modelo de Estado constitucional democrático.

El cuarto atributo es la internacionalización, formalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de San José de Costa Rica, y cuya experiencia es ilustrada en libros diversos, como los de Héctor Gross ESPIELL, canciller del Uruguay y Hortensia GUTIERREZ POSSE.

Si quisiéramos sintetizar -no sin riesgo- la fase actual de este tiempo de derechos, diríamos que universalizados e internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional. Como escribe Juan Fernando SEGOVIA se trata del derecho a tener derecho (7).

4.3. Asignaturas pendientes. Derechos económicos y sociales

La economía social de mercado ha precedido en los hechos a las Constituciones. Se ha impuesto el efecto de lo público que ha caracterizado al período 1930-1989 con el fracaso del socialismo real. O hay economía social de mercado o hay socialismo de mercado según el modelo escandinavo.

La clase política ha dejado la marca de sus vacilaciones en las leyes fundamentales más recientes. Dudo de adscribir las nuevas Constituciones de Brasil y Colombia a la economía social de mercado, pero los hechos van titubeantes en esa dirección. No es que la función social tenga tanto relieve como la propiedad privada, sino que es la opacidad de la iniciativa privada la que despierta mis dudas. La mayoría de las reformas de las Constituciones provinciales argentinas hacen economía social de mercado sin decirlo, como aquel personaje de Moliére hablaba en prosa sin saberlo.

En la transición entre el ciclo de lo público y el ciclo actual de lo privado, los conceptos de subsidiariedad del Estado y de la economía de

(7) “Aproximación al estudio de los derechos constitucionales” en *Derecho Público Provincial I,* Depalma, Mendoza, 1990, pág. 329.

mercado han sido ocultados. Es un pudor inevitable pero mal entendido. Algunos no lo han tenido. Cuando Michel ROCARD asumió la jefatura del gobierno francés, dijo: *"Je suis un gauchiste de marché libre"*. Y cuando Felipe GONZALEZ debió girar recordó a WEBER: *"hay que pasar de la ética de los principios a la ética de las responsabilidades"*. Y cuando el presidente argentino MENEM transformó las líneas del justicialismo optó por la economía de mercado. *"Marx ha muerto, la revolución ha muerto y la socialdemocracia no se siente demasiado bien"*.

Esta descripción es provisoria y resulta más útil plantearse las cuestiones disputadas.

Hay pues un ordenamiento económico-social. ¿Pero todas las prescripciones son normas jurídicas vinculantes? El debate puede sintetizarse así. Para algunos no son todas normas jurídicas, porque no son una orden, mandato o prohibición o no delimitan derechos y deberes entre sujetos. Para otros son mandatos imperativos, con proposiciones finalistas o de resultados para los poderes públicos, imponiéndoles un estándar de actuación cuya determinación no está siempre en la norma, sino que se atribuye a los órganos habilitados.

Y sin resolver el debate, se insinúa otro: ¿son programáticas o directamente operativas? ¿Son completas o incompletas? Según la Constitución de Salta son directamente operativas; según la de Córdoba, lo son si no requieren legislación complementaria; otras han preferido una redacción de finalidad programática. Me parece atinado lo que dice la Constitución española de los "principios rectores" de la economía: "informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pero bien entendido que "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

¿Y si el poder público no desarrolla las normas para que los titulares de derechos puedan ejercerlos? La inconstitucionalidad por omisión podría autorizar a los tribunales a integrar el orden normativo o a fijar indemnización si no es posible. ¿Pero es oportuno acosar a un sector público ya exhausto por sus promesas incumplidas?

¿Y hay un modelo? Uno está pensando en la economía social de mercado. ¿O las Constituciones son neutras? Si hay interrelación entre los protagonistas y los factores de producción, hay sistema. Y si hay sistema, el modelo está cerca. Hablará más bien de la economía libre como paradigma de explicación de las relaciones. Aun en los "paraísos artificiales" que inven-

ta la Constitución de Brasil, tan voluntarista, tan ingenua, quizás tan utópica.

No quisiera que estos debates de derecho indujeran al pesimismo. Si se plantean es porque las aspiraciones humanas buscan la eficacia de las normas. Pero cuando el grado de desarrollo o la mala asignación del gasto público o la falta de solidaridad no permite satisfacerlas, los derechos económico-sociales son seguridades que, paradojalmente, aumentan la incertidumbre.

Por último, los delitos contra la humanidad discuten su jurisdicción territorial. ¿Sólo en el país en que se cometieron? Mientras el funcionamiento de una Corte Internacional está pendiente, la "Jurisdicción transnacional" prosigue desarrollándose al ritmo impuesto por demandas que, en su origen se plantean en tribunales nacionales (Natalio BOTANA).

La reforma constitucional argentina de 1994 enumeró Tratados de derechos humanos ratificados por la República en el Art. *75*, inc. 22 con "jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución". Las interpretaciones diversas coincidirían en que tienen la misma validez de la Constitución. Estos tratados no vinculan sólo a los Estados sino a las personas que están bajo la jurisdicción de cada Estado parte. No sólo el Estado, sino la persona es sujeto de derecho (Jorge AJA ESPIL).

5. EPILOGO

Los hechos históricos de este fin de siglo no han modificado el constitucionalismo occidental, pero lo han universalizado con las sabidas excepciones. Pero la globalización tendrá influencia. En diez tesis me atrevo a sintetizar las pulsiones del constitucionalismo finisecular, en cuyo seno se desarrollan los derechos.

Primero: si la sociedad está en cambio, también cambiará el derecho constitucional, pero las transferencias no son automáticas. El derecho -todo derecho- puede acelerar, retrasar o despreocuparse de los cambios sociales.

Segundo: el Estado de derecho, la novedad del siglo pasado, es también la novedad del siglo XX, una vez caídas las utopías revolucionarias. Porque las sociedades prefieren un juego político que el Estado de derecho mantiene en el dominio pacifico del arbitraje, del autocontrol, de la lucha limitada. Y

debe agregarse que el Estado de derecho ha reabsorbido las convulsiones siempre posibles de la democracia mayoritaria de ROUSSEAU. Se prefiere el consenso, pero si es necesario acudir a la mayoría, se piden excusas y se invoca a la democracia y a la Constitución.

Tercero: vivimos en el tiempo de los derechos: los fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; los sociales a partir del 30; los de tercera generación, por *fin*, que nos prometen paz, desarrollo y ambiente sano. Sintetizando no sin riego, la fase actual de este tiempo de derechos, diríamos que universalizados o internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas, pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional.

Cuarto: los derechos económico-sociales son asignaturas pendientes, no en cuanto sean catálogos de ilusiones, sino por el debate no concluido sobre su naturaleza de normas y su operatividad. Aunque deban inspirar toda gestión pública, parece preferible que no puedan ser invocados ante la jurisdicción sino cuando hayan sido desarrollados legislativamente.

Quinto: los valores que nutren la educación y la cultura nacen de una confluencia muy sometida a los "estados de alma" de la sociedad, en que se entrecruzan creencias y secularización, ciencia y conciencia crítica, derechos de los padres y Estado docente. Interpretando la cultura de la posmodernidad el Tribunal Constitucional de España dijo que hay que "relativizar las creencias". Por mi parte, creo que no hay que relativizarlas sino ponerlas en diálogo. El futuro se juega entre estas dos actitudes.

Sexto: el régimen político vacila entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Mientras en la Argentina se postula un sistema presidencial moderado, como sería la introducción de un ministro coordinador nombrado por el Presidente pero pasible de destitución por los diputados, en Italia el Partido Socialista pugna por la república presidencial de los franceses. En México el Ejecutivo ha sido "desacralizado". En todo caso, el cesarismo barroco suscita resistencia.

Séptimo: es recurrente la atención que se presta en todas partes al sistema electoral, y no siempre por descontentos de coyuntura; las correcciones de cosmética al Poder Legislativo, cierta insatisfacción sobre el Poder Judicial, sobre sus sistemas de designación, su independencia y su eficacia. Pero habría que reconocer que todo sistema electoral tiene efectos

no deseados; que el Parlamento es una asamblea y las asambleas no tienen la concentración de decisión del Ejecutivo y que, finalmente, las sociedades han transferido demasiados conflictos al Poder Judicial.

Octavo: el control se va insinuando como función y como poder dentro del Estado mismo. El proceso gubernamental se proyecta como asesoramiento, decisión, ejecución y control más responsabilidad. Pero el control se instala con más fragilidad que la ejecución.

Noveno: a fines de este siglo, el Estado se manifiesta demasiado pequeño para ciertas responsabilidades y demasiado grande para otras. En el primer caso, crece la integración regional y continental, que requiere transferencias de decisiones a órganos supranacionales. En el segundo caso, la descentralización es una palabra clave, para bajar las obras y servicios hacia las bases sociales. Crece la autonomía del municipio, los espacios homogéneos se organizan en regiones y el federalismo proporciona sus formas para cada situación, en la plenitud o en la adversidad de cada Estado.

Décimo: la herejía del siglo XX fue el totalitarismo. ¿Y el del siglo XXI? No desearía anticiparme. Si el pluralismo degrada en relativismo y el ethos, o sea los valores vividos en la vida emotiva de la gente, lo construyen la televisión y las tecnoestructuras, podemos temer un agotamiento de la democracia, o al menos una formalización.

LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUNCIADOS O NO ENUMERADOS EN EL CONSTITUCIONALISMO AMERICANO Y EN EL ARTICULO 29 C) DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (*)

Por Héctor Gros Espiell (**)

Cuando, después de haber recibido la honrosa designación de miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tuve que meditar en el tema de la disertación que debía pronunciar en la ceremonia de mi incorporación, decidí escoger uno que tratara del derecho constitucional, pero que, al mismo tiempo, vinculara esta asignatura con la lucha por la libertad.

Lo hice pensando en que, como dijo en 1871, Carlos María RAMIREZ, fundador de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de la República Oriental del Uruguay:

"*El derecho constitucional no se presenta como un cuerpo de doctrinas sistematizado en la plácida meditación del publicista, sino más bien como una sucesión de esfuerzos populares que van depositando sus conquistas en los resultados generales del progreso.*

El derecho constitucional es la vida misma de los pueblos que adquieren conciencia de su derecho, lo reivindican de las usurpaciones tiránicas, y lo

---

(*) Este trabajo corresponde al discurso de incorporación como miembro correspondiente en Uruguay de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, pronunciado el 13 de noviembre de 1998.

(**) Profesor y Jurísta Uruguayo.

rodean de instituciones calculadas para asegurar su goce y desarrollar su esfera.

Así considerado, el derecho constitucional no es ciencia: es una lucha"(1).

Al mismo tiempo quise que el tema seleccionado fuera de interés común para la Argentina y el Uruguay y confirmara el paralelismo filosófico de nuestros sistemas constitucionales.

Por eso elegí un asunto que es materia del Art. 33 de la Constitución de la República Argentina y del Art. 72 de la Constitución uruguaya.

Pero, además quise que el tema vinculase al derecho interno con derecho internacional. Por eso incluí el análisis del Art. 29 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional del que son partes vuestra patria y la mía.

Hablo hoy, de tal modo, como un homenaje a la hermandad fraterna de nuestros países y de nuestros pueblos y a la cultura jurídica democrática de la Argentina, simbolizada hoy en esta ilustre Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

I. INTRODUCCION

1) La existencia en múltiples constituciones americanas de una norma referente a los derechos humanos no enunciados o no enumerados en las correspondientes declaraciones constitucionales de derechos, de derechos y garantías o de derechos, deberes y garantías (2), constituye una característica del derecho constitucional americano. En efecto, no es común -y por el

1) Carlos Maria RAMIREZ, *Conferencias de Derecho Constitucional*, 1871, Edición de la Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, vol. 103, Montevideo 1966, pág. II.

2) Algunos textos constitucionales se refieren a derechos -y a derechos y garantías y otros, en fin, a derechos, deberes y garantías- no enumerados o no enunciados. La doctrina los ha llamado a veces derechos implícitos (por ejemplo: Carlos ERNST, *Los derechos implícitos,* Córdoba, 1994), a veces derechos inherentes (por ejemplo: Carlos SACHICA, "Los derechos inherentes en la Constitución de Colombia", en *Estudios en Homenaje Héctor Fix Zamudio,* San José, 1998). En otras ocasiones se les califica simplemente como

contrario es muy difícil- hallar disposiciones análogas en el derecho constitucional comparado de otros continentes (3).

Estos derechos no enunciados o no enumerados han sido llamados a veces por la doctrina "derechos implícitos" o "derechos inherentes" ya que, cuando se refieren a derechos propios e innatos de la persona humana, sólo pueden encontrarse en una concepción jusnaturalista, en virtud de la cual existen derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado y a toda organización constitucional. La situación no es exactamente igual -pero es sin embargo análoga- cuando el texto constitucional deriva estos derechos no enunciados de la idea democrática, del origen popular del poder político, del régimen representativo o de los derechos del pueblo. Por eso, ante estas dos situaciones distintas, para evitar posibles confusiones que pueden resultar de la utilización de términos nacidos de nociones políticas diferentes, aunque

---

derechos no enunciados o no enumerados. En general la referencia a estos derechos se funda en la recepción constitucional de una filosofía jusnaturalista, por lo que han sido a veces también designados como derechos naturales. En muchos casos puede ser así, cuando el texto constitucional se refiere a los derechos no enunciados como aquellos inherentes al ser humano, pero en otros supuestos pueden no ser derechos naturales, por ejemplo en los casos en que no hay referencia constitucional del tipo señalado, sino a otros presupuestos (soberanía del pueblo, forma de gobierno, etc.). Véase, Pablo RAMELLA, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1986 y Carlos S. NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

3) En efecto nada se encuentra, por ejemplo -pero podrían citarse además casi todos los textos constitucionales europeos vigentes-, ni en la Constitución francesa de 1959 cuyo Preámbulo remite al de la de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ni en la Constitución española de 1978 ni en la Constitución italiana de 1947, ni en la de la República Federal de Alemania de 1949, ni en la de Grecia, ni en la de los Países Bajos. Una interesante excepción es la de la primera constitución republicana de Portugal (Art. 40), que tomando como fuente a la Constitución del Brasil de 1891, incluyó una norma sobre los derechos no enunciados (Marnoco e Souza, *Constituçao Politica da Republica Portugueza* Lisboa, 1913, pág 204). Este texto se mantuvo, pero muy restringido y en el marco de otra concepción política en la Constitución de 1933, cuyo Art. 8º, 20.1 dispuso: "A especificao destes direitos e garantías nao exclui quisquer outros constentos da Constituçao ou das leis, entendendo-se que os cidadaos deverao sempre fazer uso delles sem ofenza dos direitos de terceiros, nem lesao dos interesses da sociedade ou dos principios morales". Nada hay en la Constitución portuguesa hoy vigente.

necesariamente vinculadas, es que preferimos llamarlos simplemente derechos no enunciados o no enumerados.

En la mayoría del constitucionalismo americano la enunciación o enumeración de algunos derechos apareja la necesaria consecuencia -en virtud de que las Constituciones no atribuyen o crean derechos, sino que se limitan a proclamar algunos derechos preexistentes y a garantizar y proteger su existencia- que si esos derechos no están expresamente declarados, pero poseen las características que exigen los textos constitucionales, se consideran igualmente reconocidos y deben ser, por ende, protegidos y garantizados.

Esta conclusión resulta asimismo de la relación del hombre con el Estado en la concepción liberal democrática, con el deslinde entre el albedrío del primero y la potestad del segundo que *"puede precisarse con la siguiente fórmula distributiva, en principio, la esfera nata de la libertad individual* es *ilimitada, mientras que las derivadas atribuciones del Estado, están rigurosamente preestablecidas"* (4).

2) Aunque se acepte la idea de que los derechos humanos, no declarados o no enunciados expresamente en el texto constitucional, deben considerarse igualmente existentes, en virtud del fundamento filosófico de las constituciones democráticas liberales, se ha conceptuado, con razón práctica, que es útil -y hasta necesario- incluir en las Cartas Supremas disposiciones que establezcan de manera directa y expresa, que la enumeración o la enunciación de derechos no es taxativo y que esa enunciación o enumeración no excluye otros que derivan de la naturaleza humana o de los caracteres esenciales del sistema político. De esta forma, además, se mantiene abierto, renovado y actualizado, el catálogo de derechos constitucionalmente protegidos (5).

---

4) Arturo Enrique SAMPAY, *La crisis del Estado de derecho liberal- burgués*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1942, pág. 63,

5) BIDART CAMPOS ha dicho con razón: "Hay constituciones con una norma expresa sobre los derechos no enumerados o implícitos a los que no se puede negar ni desconocer constitucionalmente por el hecho de estar ausentes en el catálogo declarativo, que no debe recibir el carácter taxativo o exhaustivo. Queda la rendija de la implicitud para dar entrada a otros derechos que parificados con los enunciados en normas expresas, tienen que *disfrutar del amparo de la Constitución en un mismo nivel jerárquico con los otros y con ellamisma" (Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1939, pág. 359).

La inclusión de una norma de este tipo en las declaraciones constitucionales de derechos, se basa en una concepción filosófica general y en la idea fundamental del Estado democrático de que la persona humana puede lícitamente hacer -tiene libertad para hacer- todo lo que no vaya contra el derecho de otra u otras personas y no esté legítimamente prohibido. De aquí que, con respecto de los derechos y libertades, no existe y sea conceptualmente errónea e inaceptable la regla hermenéutica a veces citada, pero inaplicable en cuanto a derechos, deberes y garantías, *"Inclusio unius, alterius est exclusio"*.

La historia y la práctica constitucional han demostrado la utilidad, y hasta podría decirse, la necesidad, para evitar equivocadas tendencias y para aclarar y hacer indudable la solución correcta, de una norma constitucional que precise sin dejar duda alguna, que la enumeración de derechos, o de derechos y garantías, o de derechos deberes y garantías no es taxativa y que no excluye otros inherentes a la naturaleza humana o que, además resultan de ciertos extremos que las diversas constituciones determinan

3) Pero hoy, asimismo esta apertura existe en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su vertiente regional americana, en virtud del Art. 29 e) de la Convención Americana de Derechos Humanos

4) Es mi intención hacer una reseña de la cuestión en el derecho constitucional americano, luego estudiar la significación de la citada norma del Pacto de San José y después encarar la cuestión de la relación del derecho constitucional con el derecho internacional y viceversa, en esta materia.

II. LOS DERECHOS NO ENUNCIADOS O NO ENUMERADOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO CONSTITUCIONES QUE CONTIENEN NORMAS AL RESPECTO

5) El origen del constitucionalismo latinoamericano en esta cuestión se encuentra en la Enmienda IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos.

Es sabido que la Constitución de 1787 no contenía una Declaración de Derechos, aunque la filiación filosófica del texto constitucional claramente expuesta ya en la Declaración de la Independencia de 1776 y en el Preámbulo de la Constitución, presuponía la existencia y reconocimiento de estos derechos(6).

6) A. HAMILTON, en El Federalista, LXXXIV.

HAMILTON, en *El Federalista* (7), justificando la inexistencia de una Declaración de Derechos Humanos en la Constitución de 1787, decía que estos derechos estaban reconocidos en diversas partes del texto constitucional, por lo que era innecesario hacer mayores precisiones. Pero además agregaba -lo que es muy importante con respecto a los derechos del pueblo no declarados- lo siguiente: "Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho particular".

De todos modos esta carencia inicial fue suplida en 1791, por las diez primeras enmiendas (8).

La enmienda IX dispone: "La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el pueblo".

Ya STORY señaló que "*esta disposición fue admitida para preservarse contra el empleo peligroso de la máxima demasiado repetida que una afirmación en los casos particulares importa una negación en todos los demás"* (9). En igual sentido un comentarista posterior dijo: "*This is a statement of the rule of construction than an affirmation on particular cases implies a negation in all others. A step beyond the enumeration is inconstitucional and void"* (10).

Muchos años después, otro comentarista ilustre de la Constitución de los Estados Unidos, Edward S. CORWIN, decía a su vez, ilustrando la IX Enmienda: "*Existen ciertos derechos de un carácter tan fundamental que ningún gobierno libre debe infringirlos, sea que estén enumerados o no en la Constitución"* (11).

---

7) A. HAMILTON en El Federalista, LXXXIV Edición Fondo de Cultura Económica, México, 1943, pág. 376.

8) Roberto Allen RUTHLAND *The Birth of the Bill of Rights*, 1776 - 1791, Collier Books, New York, 1966.

9) J. STORY, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, Traducción de Nicolás Antonio Calvo, t. II, Buenos Aires, MDCCCLXXXVIII, pág. 597.

10) Thomas James NORTON, *The Constitution of the United States*, Boston, 1922, pág. 224.

11) Edward S CORWIN. La Constitución norteamericana y su actual significado, Kraft, Buenos Aires, 1943, pág. 206.

Recientemente la IX Enmienda ha sido aplicada por la Corte Suprema para justificar la protección constitucional de derechos no enunciados o no enumerados en las disposiciones constitucionales (12).

6) La IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos influyó muy pronto en el pensamiento constitucional rioplatense.

Veamos un ejemplo. Aunque habrá que esperar a 1860 en la Argentina y a 1918 en el Uruguay para que un texto análogo o similar se recogiera en una Constitución en vigor, ya en 1813, en el proyecto federal denominado "Plan de una Constitución liberal federativo para las Provincias Unidas de la América del Sud", de inspiración artiguista probablemente redactado por Felipe Santiago Cardozo, diputado oriental por Canelones ante el Congreso Constituyente reunido en Buenos Aires (13) la idea se recibió y tuvo una concreta expresión normativa. El Art. 51 de este Proyecto, en efecto, dispuso: "La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el pueblo". La fuente estadounidense es clara y directa, ya que es evidente que se trata de un texto redactado en español sobre la base de una traducción de la IX Enmienda (14). Marca, de

12) Charles J. COOPER, Limited Government and Individual Liberty, The Ninth Amendment's Forgothen Lesson y Edward J. Arier, The Ninth Amendment and Contemporary Jurisprudence, in The Bill of Rights, Editad by Eugene W. Hickok, Jr., University Press of Virginia, 1991, págs. 420-431 y 432-448.

13) Emilio RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas, t. VI,* 2ª Parte, Buenos Aires 1936, pág. 633; Alberto DEMICHELLI, *Origen federal argentino,* Depalma, Buenos Aires, 1962, págs. 107-130; Alberto DEMICHELLI, *Formación constitucional rioplatense* t. 1, Montevideo, 1955, págs. 205-215; Ariosto D. GONZALEZ *Las Primeras Fórmulas Constitucionales de los Países del Plata,* Montevideo 1941, págs. 57 a 59*;* Eduardo *ESTEVA, Lecciones de Derecho Constitucional* 2º t. I, *Historia constitucional del Uruguay,* Montevideo, 1993, pág. 28.

14) Las once primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos, fueron conocidas en el Río de la Plata a través de la obra *La Independencia de Costa Firme Justificada por Tomas Paine treinta años ha,* de Manuel García de Sena, publicada en Filadelfia en 1811 (Ariosto D. GONZALEZ, op. cit., pág. 62 y siguientes) Una edición de la obra de García de Sena, con prólogo de Pedro GRASES, fue hecha en Buenos Aires en 1949. Pedro GRASES escribió, asimismo, el libro *Manuel García de Sena y, la Independencia Hispanoamericana,* Caracas, 1953.

todos modos, el inicio de una línea constitucional que, con variantes importantes respecto del texto estadounidense y del proyecto rioplatense de 1813, habría de continuar fecundamente aportando nuevos enfoques.

7) La Constitución argentina de 1853 no contenía ninguna disposición a este respecto.

Pero la reforma constitucional de 1860 (15) incluyó una norma, que pasó a ser el Art. 33, que dispuso: "*Las declaraciones de derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*".

Esta norma tuvo su fuente directa en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos (16).

El informe de la Convención de 1860 dice con gran precisión y justeza: "La enumeración que se hace en la primera parte de los derechos y garantías de los individuos, que en algunos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas, no debe tomarse sino como ejemplos para ir de lo concreto y lo expreso a lo desconocido y tácito" (17).

Este precepto se ha mantenido hasta hoy y la Constitución vigente, de 1994, contiene una norma, que tiene igual redacción que en 1860 y 1949 y se individualiza con el mismo número 33.

Joaquín V. GONZALEZ, comentando el texto incluido en 1880 ha dicho:

"Los derechos que la Constitución enumera no son todos los que pertenecen al hombre o al ciudadano. Una enumeración completa habría sido imposible, peligrosa e inútil. Además, al aclararlo así, la Constitución Argentina, como la de los Estados Unidos, confirmó "el principio de que las

15) Carlos ERNST, Los derechos implícitos cit.; Pablo RAMELLA, Derecho constitucional, cit.; Germán BIDART CAMPOS, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, t. III, Edinar, Buenos Aires, 1989.

16) José Armando SECO VILLALBA, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, págs. 131-134 y 163. Este autor cita como fuente, además, la Constitución de California de 1849.

17) Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, 1860, págs. 193-197.

Constituciones no se hacen para crear derechos, sino para reconocerlos y defenderlos, y que si algunos son especialmente enumerados y protegidos, sólo es porque son singularmente importantes o expuestos a ser invadidos"(18).

La doctrina argentina ha destacado la importancia del Art. 33 (19) relativo a la presencia constitucional de los derechos y garantías no enunciados expresamente en la Carta, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Esta norma ha permitido en particular reconocer constitucionalmente por la Corte Suprema la protección constitucional del derecho de reunión(20).

Hay que señalar desde ya que el texto argentino se refiere a derechos y garantías, mientras que la fuente estadounidense habla sólo de derechos y que mientras ésta individualiza tales derechos como los "retenidos por el pueblo", la Constitución argentina lo hace con respecto a los que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Comentando el Art. 36 de la Constitución de 1949 -que correspondía al 33 de la de 1853 modificada en 1860- han dicho Faustino LEGON y Samuel W. MEDRANO: *"La omnicomprensiva invocación de los derechos no enumerados -análoga a la que contiene la novena enmienda norteamericana- persiste en el Artículo 36. Fue introducida entre los retoques de 1860. Consagra la preeminencia del derecho natural y de los postulados de la civilización cristiana, como lo expresaron los propulsores de la iniciativa"*. Eco de las palabras de Vélez Sársfield y Sarmiento, vertidas entonces, resultan las de un miembro de la última Convención "*fuera del derecho positivo existe un derecho no escrito, anterior* y *superior. Es el derecho histórico, que se forma sedimentariamente a través de los tiempos,* y *el derecho natural que cada hombre lleva impreso en su alma como un sello de la divinidad"* (21).

---

18) Joaquín V. GONZALEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, párrafo 92, Edición Estrada, Buenos Aires, 1951, págs 111-112.

19) Además de la clásica obra de Joaquín V. *González*, véanse, por ejemplo, los libros citados de RAMELLA, ERNST, NINO y BIDART CAMPOS.

20) Roberto MARTINEZ RUIZ, La Constitución Argentina Anotada con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Kraft, Buenos Aires, 1945, pág. 205.

21) Faustino *J*. LEGON y Samuel W. MEDRANO, *Las Constituciones de la República Argentina*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 151.

Es posible sostener actualmente que el Art. 33 de la Constitución argentina luego de la reforma de 1994, que le da a diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos jerarquía constitucional (Art. 75, núm. 22), debe interpretarse en el sentido de que los derechos enunciados en esos instrumentos han pasado a aumentar, enriquecer y desarrollar la enumeración constitucional (Arts. 14, 20). De tal modo, por una vía distinta, en cierta forma indirecta, se llegaría a una conclusión análoga a la que resulta expresamente de las nuevas normas constitucionales en cuanto a los derechos implícitos en las Constituciones de Brasil, Colombia y Ecuador.

Esta interpretación que ya había sido vislumbrada por BIDART CAMPOS antes de la reforma constitucional de 1994 (22), resulta ahora, para mí, indudable.

Es interesante destacar que en el Derecho Constitucional Provincial se encuentran en la República Argentina normas análogas al Art. 33 de la Constitución Nacional. Un ejemplo a recordar es el de la Constitución de Córdoba de 1987, cuyo Art. 20 dispone: “Los derechos enumerados y reconocidos por esta Constitución no importan denegación de los demás que se derivan de la forma democrática de gobierno y de la condición natural del hombre”.

8) La Constitución uruguaya de 1830 no incluía en la Sección XI, dedicada a los derechos declarados -aunque su titulo era “Disposiciones Generales”- ninguna disposición sobre los derechos no enunciados o no enumerados.

Fue en la Constitución de 1918 que se incluyó una norma al respecto. Esta Carta se refería a la cuestión en su Art. 173 de la Sección XII titulada “Derechos y Garantías”. Esta disposición, modificada en 1934, pasó a ser el Art. 63 de la de 1934; el 63 de la de 1942; el 72 de la de 1951; el 72 de la de 1966 y el Art. 72 de la vigente de 1996.

La consideración del tema de los derechos humanos no enunciados o no enumerados en la Constituyente de 1916-1917 fue de interés, como lo ha destacado, citando los debates, Alberto Ramón REAL (23). Sigue siendo importante recordar estos antecedentes y, en especial, reproducir el muy destac-

22) Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1999, pág. 260.

23) Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya”, en Estado de Derecho y Humanismo Personalista, Montevideo, 1971.

ado informe de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente.

La historia de la cuestión es la siguiente:

En la Convención Nacional Constituyente varios proyectos presentados incluyeron una disposición sobre los derechos no enumerados o no enunciados.

Es el caso de la Corporación de Constituyentes Nacionalistas (Art. 166), de Alfredo VAZQUEZ ACEVEDO (Art. 149), de Enrique Azarola -presentado por Antonio María Rodríguez - (Art. 224) y de Horacio JIMENEZ DE ARECHAGA (Art. 211) (24).

La idea fue recogida en el Pacto de los Partidos (Pacto de los Ocho) y en virtud del cual la Constitución -aprobada luego por la Convención Nacional Constituyente y por el Pueblo fue, como dijo la Comisión de Constitución: "obra de acuerdo y transacción entre los dos grandes partidos del país" (25).

La Comisión de Constitución incluyó en su proyecto el artículo que estaba ya antes en el Pacto, inspirado directamente en los proyectos citados, que pasó a ser luego el Art. 173 de la Constitución de 1913. Justificó así la Comisión la norma propuesta en su informe, redactado por Washington BELTRAN:

"Hamilton, en El Federalista, explicando la grave omisión de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, respecto a la declaración de derechos y garantías, afirmaba que prefirieron no haber dicho nada antes que hacer una enumeración incompleta de aquéllos.

Las primeras enmiendas efectuadas a la Constitución americana evitan la crítica hecha por Hamilton. Formulan, por considerarla imprescindible salvaguardia de las libertades individuales, una declaración de derechos y garantías, pero en seguida establecen en el Artículo 91 este precepto: "No se

24) Diario de Sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917), t. II, Montevideo, 1918, págs. 192, 219, 267 y *454.*

25) de Sesiones, cit., (1917), t. IV, Montevideo, 1918, pág. 492, segunda columna; Washington BELTRAN, En la Constituyente (Discursos e Informes), Montevideo, 1918, págs. 1 23-126, 173-191.

dará jamás a la enumeración de los derechos en esta Constitución consignados una interpretación que niegue o derogue los que se haya reservado" (sic).

En la Constituyente Argentina de 1860, inspirados en el ejemplo americano, se propuso) el Art. 33, que dice así: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Este artículo -análogo al que vuestra Comisión os propone- fue defendido en la Constituyente de 1860 por los hombres más esclarecidos de la República Argentina: pugnaron por su triunfo Mitre, Sarmiento y Vélez Sársfield.

*Es al amparo de esta disposición que ha podido defenderse en toda su amplitud el derecho de reunión, pues aun cuando no esté consignado en la Constitución Argentina -como no lo está en la nuestra de modo expreso- es un derecho que no puede ser negado, porque nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (*26).

Este Art. 172 de la Carta de 1918 dispuso: *"La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otras que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno".*

En 1934 a la expresión "derechos y garantías", se le agregó "deberes"(27).

Hoy reza así: *"La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".*

---

26) Diario de Sesiones, cit. (1917), t. IV, Montevideo, 1918, pág. 492, primera columna; Washington BELTRAN, op. cit., pág. 275.

27) la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente, el 3 de enero de 1934, al considerarse el Art. 173 z, el Dr. Salgado hizo moción para que se diga "derechos, deberes y garantías", "de acuerdo con el título ya aprobado en esta Sección". Y el Dr. Secco Ylla propuso "que se forme con este artículo el Capítulo III de esta Sección". Ambas propuestas fueron aprobadas (Comisión de Constitución de la III Convención Nacional Constituyente, Actas, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935, pág. 92).

A diferencia de los textos estadounidense y argentino, la norma uruguaya actual es aplicable a los derechos, deberes y garantías no enumerados o no enunciados expresamente.

Y los derechos, deberes y garantías que entran en la previsión constitucional -distinguiéndose también de estas dos fuentes- son los que son inherentes a la naturaleza humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno.

Dos son, en consecuencia, las posibilidades constitucionales para que un derecho, un deber o una garantía no enumerado o no enunciado expresamente pueda ser, pese a ello, reconocido, protegido y garantizado constitucionalmente:

Primero, Que sea inherente a la personalidad humana. Es una situación clara y coherente con la filosofía constitucional. Los derechos inherentes a la naturaleza humana son los derechos inmanentes, los consustanciales con la calidad de la persona humana, los que resulta de la dignidad del ser humano.

Segundo: Los que derivan de la forma republicana de gobierno. Ya aquí el texto constitucional no es tan feliz. No es claro ni fácil determinar qué derechos, deberes y garantías derivan de la forma de gobierno republicana, que puede, en algunas de sus manifestaciones, implicar una concepción autoritaria. Por lo demás, nuestro sistema de gobierno no es sólo republicano, sino, según el Art. 82, "democrático republicano". Para ser coherentes es necesario integrar el Art. 72 con el 82 y llegar a la conclusión que la forma de gobierno referida en este Art. 72 es necesariamente la republicana democrática.

La doctrina uruguaya ha prestado y sigue prestando hoy atención muy especial al Art. 72 de la Constitución (28). Esta atención ha permitido prever y fundar su aplicación a situaciones diferentes -es decir a derechos, deberes y garantías, no expresamente previstos-, proyectar este tipo de normas hacia el derecho internacional (29) e incluso intentar basar un cambio en la concepción tradicional uruguaya sobre el nivel jerárquico interno de los tratados interna-

28) Justino JIMENEZ. DE ARECHAGA, *La Constitución Nacional,* t. II, Editorial Medina, Montevideo, 1946; Alberto RAMON REAL, "Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista,* Montevideo, 1971.

29) Héctor GROS ESPIELL, "Los derechos humanos en la Constitución Uruguaya y su protección internacional", en *Estudios en Homenaje a Germán Bidart Campos* (en prensa); Daniel Hugo MARTINS, La participación

cionales, en la aplicación 72 de la Constitución (30). Ha permitido afirmar el reconocimiento constitucional de nuevos derechos y ha hecho posible que garantías no previstas, como el amparo, antes de su regulación por ley, se consideraran, por la doctrina y la jurisprudencia, como existentes.

---

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Redacción del Proyecto de Convención, Cap. V, en Héctor GROS ESPIELL, Amicorum liber, Bruylant, Bruxelles, 1997.

30) Juan Pablo CAJARVILLE, "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios en Memoria de Alberto Ramón Real,* Montevideo, 1996; Martin J. Risso FERRAND, *Derecho Constitucional,* t. III, Montevideo 1993, págs. 172, 116, 108, 112; Héctor Gros ESPIELL, "Los derechos humanos en la Constitución uruguaya y su protección internacional", en *Estudios en honor de Germán Bidart Campos* (en prensa). En este trabajo he dicho: ¿Qué efecto y significado puede tener el Artículo 72 de la Constitución uruguaya sobre la cuestión del nivel jerárquico de los tratados internacionales en vigencia ratificados por la República?

Recordemos que esta norma, incorporada al derecho constitucional uruguayo en la Carta de 1918 -que establece un criterio muy difundido en el Derecho comparado latinoamericano- y que tiene su fuente inicial en la Enmienda IX (1791) a la Constitución de los Estados Unidos y en el Artículo 33 de la Constitución argentina de 1853 luego de la enmienda ampliatoria efectuada en 1860, dispone: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

Me parece evidente que el derecho internacional es apto en el Uruguay, para ampliar, en su proyección interna, "la enumeración" "de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución", en cuanto puede declarar, proclamar, definir y tipificar derechos que "son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobiernos".

Esto es así con respecto a los derechos incluidos y proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a pesar de su carácter no convencional, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pese a la misma falta de naturaleza convencional, en otras declaraciones de sentido especialmente relevante, en los dos pactos internacionales de derechos humanos, en las convenciones en la materia de las Naciones Unidas y de la familia de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Protocolo sobre Derechos sobre la Tortura, a la Convención sobre Desaparición de Personas y en otros inherentes a la persona humana, como por ejemplo, el Derecho al Desarrollo, el Derecho al Medio Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado y el Derecho a la Paz. Tales dere-

La Constitución uruguaya, cuya Sección II, desde 1934 se titula "Derechos, Deberes y Garantías", no sólo acepta implícitamente que todo derecho genera deberes correlativos, sino que se refiere expresamente a algunos deberes específicos, que ciertas personas poseen (por ej., Arts. 41, 42, 44, 53).

Por la aplicación del Art. 72, es posible reconocer la existencia de otros deberes, además de los expresamente enunciados (31). Hay que señalar que en el derecho constitucional las normas análogas a nuestro Art. 72 se refieren a "derechos" o a "derechos y garantías". Es muy difícil encontrar la referencia a deberes, sólo he encontrado la referencia a los deberes en las constituciones de Guatemala y de República Dominicana, como lo hace la Constitución uruguaya. La Constitución uruguaya sin condicionar, en forma alguna, la protección y garantía de los derechos humanos al cumplimiento de los deberes, reconoce que sin un adecuado y complementario equilibrio de derechos y deberes, es imposible la existencia de un orden democrático y justo.

---

chos podrían pasar asimismo a ser derechos constitucionalmente garantizados y protegidos en el Uruguay, al igual que los derechos expresamente enunciados en la Constitución.

Pero, ¿significa esto además, que por aplicación del Art. 72, el derecho internacional de los derechos humanos -especialmente el de naturaleza convencional- como consecuencia de la vigencia y de la ratificación por la República de los pertinentes tratados, tendría internamente jerarquía constitucional?

El tema ha sido objeto de reciente consideración doctrinaría en el Uruguay.

Considero que la respuesta debe ser negativa, pero que es preciso matizar esta posición.

El Art. 72 no puede ser interpretado -ni de acuerdo con su letra ni según su espíritu, su objeto y su fin- como produciendo el efecto de dar a los tratados sobre derechos humanos, ratificados y en vigencia en el Uruguay, jerarquía constitucional interna.

Significa, y esto ya es mucho, que los derechos, deberes y garantías, enunciados en esos instrumentos internacionales convencionales y en ciertos casos en otros de carácter declarativo, cuando "son inherentes a la personalidad humana", o "se derivan de la forma republicana de gobierno", pueden completar la nómina de los "derechos, deberes y garantías" que hace la Sección II. Y esos derechos, deberes y garantías, podrán ser, de tal modo, protegidos y garantizados como los otros que enumera expresamente la Constitución.

(31) Eduardo ESTEVA, *Derecho Constitucional II*, t. VI, Lecciones de Derecho Positivo vigente (Primera Parte), Montevideo 1982, pág. 92.

Es importante tener en cuenta que la referencia expresa a los deberes que hace la Constitución uruguaya, demuestra que entre nosotros el reconocimiento de los deberes es una afirmación de la corriente filosófica democrática que exige un adecuado equilibrio de derechos y deberes, aunque teniendo siempre como base conceptual que el cumplimiento de los deberes no es condición para el reconocimiento, protección y defensa de los derechos.

No puede haber duda del acierto que tuvo la Constitución de 1918 de incluir el Art. 172, precedente directo del actual Art. 72.

En efecto, aunque la filosofía política en que se basaba la Constitución de 1830 permitía llegar a la misma conclusión que en 1918, se recogió expresamente no es posible olvidar que esta previsión hecha en el '18, era necesaria, ya que cerraba toda posibilidad de aplicar al caso la peligrosa regla *"inclusio unius, exclusio alterius"* que había sido invocada al respecto por alguna doctrina extranjera.

Además de este efecto tan positivo para poner fin a toda posible interpretación restrictiva en materia de derechos, deberes y garantías, el texto constitucional ha permitido y permite la evolución, actualización y modernización de la Declaración Constitucional de Derechos, Deberes y Garantías, haciendo posible el reconocimiento jurisprudencial y la aceptación doctrinaria, con efectos prácticos y reales, de nuevos derechos, deberes y garantías, que responden a las nuevas necesidades y exigencias del ciudadano y de la sociedad.

9) Corresponde ahora hacer una referencia, aun siendo parcial y limitada, a diversas constituciones latinoamericanas que incluyen disposiciones de este tipo.

Aunque este análisis comparativo no sea completo, alcanza para mostrar claramente una tendencia general al respecto en el derecho constitucional latinoamericano.

10) La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1980. Esta Constitución dispone en su Art. 5º, numeral 77,2: *"Los derechos* y *garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen* y *de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil, sea parte"*.

En esta disposición hay que señalar que los derechos y garantías no excluidos, pese a no estar enunciados expresamente, son los que resultan "del

régimen y de los principios por ella adoptados", así como los que son la consecuencia de los "tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte".

Esta referencia a tratados internacionales que hace la Constitución del Brasil, que se encuentra también en las constituciones de Ecuador ("instrumentos internacionales") y de Colombia ("convenios internacionales vigentes"), muestra una nueva línea en la materia en el derecho constitucional latinoamericano.

Hay que destacar, sin embargo, que la Constitución del Brasil al referirse sólo a los "tratados internacionales" o la de Colombia a los "convenios internacionales", excluyen a la Declaración Universal y a la Declaración Americana de Derechos Humanos, lo que no ocurre en la Constitución del Ecuador que se refiere a los "instrumentos internacionales" en general, lo que incluye a los textos de tipo declarativos.

Esta norma de la Constitución del Brasil, responde a la continuidad de una línea conceptual que se mantuvo siempre en el Brasil republicano (32) con textos prácticamente iguales (Art. 78 de la Constitución de 1891; Art. 114 de la Constitución de 1934; Art. 123 de la Constitución de 1937 y Art. 114 de la Constitución de 1946). Pero ninguno de estos antecedentes se refieren a los "tratados internacionales" cuya mención constituyó la gran novedad de la Constitución de 1980.

---

32) Carlos MAXIMILIANO (Commentarios a Constituçao Brasileira, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, 1918, pág. 777), comentando el Artículo 78 de la Constitución de 1891, dice: "O texto nao cria direitos; roconhece-os, protege-os. Especialmente enumera os mais importantes ou mais espostos á violaçao.

Por isso os dispositivos asseguradores de prerogativas e regalias nao diminuem o valor nem a estima de outras, sobre as quais legisló a Comstituinte apesar de serem peculiares ao regimen triumphante. Vigora um systema de poderes limitados; na duvida, prevalece a exegese favoravel ao individuo, propicia á liberdade.

Outra razao de existir milita ainda, a favor do Art. 78: evitar, a respeito das franquias populares e dos direitos do homem, o emprego da regra de hermenéutica, em virtude da qual a affirmaçao em casos particulares importa a negaçao em todos os outros, e, vice-versa, negar em um caso expresso implica affirmar nos demais *(inclusio unius alterius est exclusio)"*.

Pedro CALMON, comentando el Art. 144 de la Constitución de 1946, ha dicho acertadamente:

"A Constituçao pressupoe a liberdade individual ampla e jurídicamente considerada, e a assegura em harmonia com a justiça que ofrece a todos, exatamente para que nao se malogrem os seus mandamentos. Se os direitos individuais fôssem os expressos, com a exelusao dos implícitos, seria a Constituçao sofismada, e ficaria inaplicável, em muitos pontos de sua dogmática. Para que se nao diga que prevalece no caso a regra, "inclusio unius, exclusio alterius ", estableceu ela o principio, de que os preceitos declarados no Art. 141, se completam com os decorrentes do sistema político (a República democrática) e do texto constitucional na sua integridade" (33).

Y PONTES DE MIRANDA al comentar el Art. 123 de la Constitución de 1937 dice con razón, en una afirmación que se aplica a todas las normas constitucionales análogas que existen en el derecho comparado americano: "Una de las consecuencias del Art. 123 es negar respecto de los derechos y garantías, la aplicación de la regla *inclusio unius alterius est exclusio"* (34).

11) La Constitución de Bolivia de 1964. En su Art. 35 dice: *"Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".*

Esta disposición tiene una larga tradición en el derecho constitucional boliviano. Concuerda con el Art. 33 de la Constitución de 1947 (35).

12) El caso de la Constitución de Colombia de 1991 es especialmente interesante. En efecto, su Art. 94, no sólo trata de los derechos y garantías enumerados en la Constitución, que no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ella, sino que incluye en esa situación a los derechos y garantías contenidas en los "convenios internacionales vigentes". Esta referencia a los convenios o "tratados internacionales" se encontraba ya en el Art. 77, inc. 2 de la

33) Pedro CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro,* Constituçao de 1946, Editora Fredas Bastos, Rio de Janeiro, 1947, pág. 308.

34) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituçao Federal de 10 novembro de 1937,* t. III, Pongetti Editores, Rio de Janeiro, 1937, pág. *545.*

35) Ciro Félix TRIGO, *Derecho constitucional boliviano,* Editorial Cruz del Sur, La Paz, 1951, págs. 337-388.

Constitución del Brasil de 1980, y se halla también, con la denominación de "instrumentos internacionales", en el Art. 19 de la Constitución ecuatoriana de 1995.

En el derecho constitucional colombiano anterior a 1991 no existía una norma similar (36).

Estas referencias constitucionales a los "tratados" o "convenios internacionales" o a "los instrumentos internacionales" hecha por el Art. 91 de la Constitución de Colombia y por los Arts. 77 y 19 de las constituciones de Brasil y Ecuador, con respecto a los derechos no expresamente enunciados o enumerados en ellas, son particularmente significativas. No sólo porque permiten la integración en el derecho interno de derechos declarados o proclamados en el derecho internacional por medio de convenios internacionales vigentes, u otros instrumentos internacionales, sino también por su interacción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia de la norma paralelamente análoga a las de las constituciones colombiana, brasileña y ecuatoriana -y las otras similares contenidas en la gran mayoría de las constituciones latinoamericanas-, incluida en las disposiciones sobre interpretación, en el Art. 29 e) del Pacto de San José.

13) La Constitución de Costa Rica de 1949 en su Art. 74 establece: "*Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables, su enunciación no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley*".

Lo curioso de esta disposición es que se refiere sólo a los "Derechos y Garantías Sociales" (Titulo V, Capítulo único) y que no existe una norma análoga referida a los Derechos y Garantías individuales (Título IV).

14) La Constitución vigente del Ecuador, de 1998, dispone en su Art. 19: "*Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material*".

---

36) Rafael BALLEN, *Constituyente y Constitución de 1991,* Editorial Jurídica de Colombia, Bogotá, 1991, págs. 333 y 334; Carlos LLERAS DE LA FUENTE, *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia,* Bogotá, 1992, pág. 203.

Una norma constitucional de este tipo tiene una larga tradición en el Ecuador. Pueden citarse, por ejemplo, los Arts. 158 de la Constitución de 1929 y 157 de la de 1945 (37).

Esta norma, relativa a los derechos y garantías, debe ser destacada en cuanto hace referencia a los "instrumentos internacionales". Esta referencia la aproxima a lo que al respecto establecen las constituciones brasileña y colombiana, que, sin embargo, dan a la invocación de los textos internacionales un sentido distinto, ya que lo hacen para especificar que los derechos incluidos en estos instrumentos pueden pasar a integrar la nómina de los enunciados constitucionalmente. La norma ecuatoriana, en cambio, se refiere a los instrumentos internacionales para especificar que los derechos enunciados en ellos no excluyen, al igual que los enunciados en la Constitución, otros derechos.

La Constitución del Ecuador se refiere a los "instrumentos internacionales", la de Colombia a "convenios internacionales vigentes" y la de Brasil a "los tratados internacionales".

La Constitución ecuatoriana exige que los derechos que pueden pasar a enriquecer la enumeración constitucional e internacional deriven de la naturaleza de la persona y sean necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material. No indica, en cambio, como la gran mayoría de los otros textos constitucionales latinoamericanos, que pueden también ser derechos o garantías que resultan de la forma democrática, o democrática representativa o república democrática de gobierno.

15) La Constitución de El Salvador de 1983 en el Art. 52 dispone: *"La enunciación de los derechos y beneficios que este Capítulo refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de la justicia social"*.

Sobre la limitación de esta norma a los derechos sociales y la ausencia de una disposición análoga relativa a los derechos y garantías individuales, cabe hacer el mismo comentario que el efectuado respecto de una norma muy similar que sin duda fue la fuente del artículo salvadoreño, el artículo ya citado de la Constitución de Costa Rica de 1949.

---

37) Ramiro BORJA Y BORJA, *Derecho constitucional ecuatoriano,* Apéndice, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1956, págs. 554 y 619.

16) La Constitución de Guatemala de 1985 en su Art. 44 (Derechos inherentes a la persona humana) dispone: *"Los derechos, deberes y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuran expresamente en ella, son inherentes a la persona humana"*.

Existen antecedentes al respecto en el derecho constitucional guatemalteco. Por ejemplo, el Art. 17 de la Constitución de *1954* y el Art. 72 de la de 1956.

Junto con la República Dominicana y Uruguay la Constitución de Guatemala se refiere también a los deberes.

17) La Constitución de Honduras de 1982 en su Art. 63 dice: *"Las declaraciones, derechos y garantías que anuncia esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificados, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre"*.

18) La Constitución de Paraguay de 1992, en su Art. 45 establece:

"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuran expresamente, en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía".

El derecho constitucional paraguayo tiene una larga tradición en cuanto a la existencia de una norma de este tipo. Deben citarse al respecto el Art. 34 de la Constitución de 1870 y el Art. 80 de la Constitución de 1967. Nada había, en cambio, sobre la cuestión, en la Constitución de 1940.

19) La Constitución del Perú de 1993 en su Art. 30 dispone: "La *enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*.

Esta norma es igual al Art. 4º de la Constitución peruana de 1979.

La Constitución peruana sólo se refiere a derechos. No menciona las garantías ni los deberes.

20) La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1952, dispone en la Sección 19 de su Art. II (Carta de Derechos): *"La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva, ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia y no mencionados específicamente"*.

21) La Constitución vigente de la República Dominicana, de 1994, establece en su Art. 10: *"La enunciación contenida en los Arts. 8º y 9º no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos* y *deberes de igual naturaleza"*. El Art. 8º, incluido en el Título II, Sección 1, "De los Derechos Individuales *y* Sociales", enuncia los Derechos. El Art. 9º (Sección II "De los Deberes"), enumera, como lo indica el título, los deberes.

Esta disposición existe en el derecho constitucional dominicano desde 1924 (38).

Es interesante señalar que en cuanto a la extensión de la enunciación, la Constitución dominicana se refiere a los derechos y deberes. Es, junto con las de Guatemala y el Uruguay, la única que hace referencia en una disposición de este tipo a los deberes. Pero, a diferencia de la uruguaya, no incluye expresamente las garantías, que están referidas, en cambio, en prácticamente todos los textos del derecho constitucional latinoamericano que contienen una norma de este tipo.

Pero, además, la Constitución dominicana se diferencia de todas las demás -usando asimismo una terminología diferente- en que no se determina que se trata de los derechos (o de derechos y deberes) inherentes a la naturaleza humana, o que se derivan del sistema político institucional del Estado de una determinada forma de gobierno o de la soberanía del pueblo, sino de aquellos "de igual naturaleza". Obviamente quiere decir de derechos *y* deberes de igual naturaleza a los expresamente enumerados por la Constitución.

22) La Constitución de Venezuela de 1961 en su Art. 50 dispone: *"La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona*

---

38) Juan M. PELLERANO GOMEZ, La constitucionalización de los tratados, Estudios Jurídicos, vol. IV, Nº 1, Santo Domingo, enero-abril 1994; Juan M. PELLERANO GOMEZ, *Constitución y política,* Santo Domingo 1990, págs. 135-137.

humana, no figuren expresamente en ella. La falta reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

Este artículo de la Constitución de Venezuela de 1961 responde a una antigua tradición que se ha mantenido invariable en todo el proceso constitucional venezolano del siglo XX (Constitución de 1909: Art. 25; Constitución de 1914: Art. 23; Constitución de 1922: Art. 23; Constitución de 1925: Art. 33; Constitución de 1928: Art. 33; Constitución de 1929: Art. 33; Const. de 1931: Art. 33; Constitución de 1936: Art. 33; Constitución de 1949: Art. 34; Constitución de 1947: Art. 25; Const. de 1953: Art. 32).

III. CONSTITUCIONES QUE NO CONTIENEN NORMAS RELATIVAS A ESTA CUESTION

23) Algunas constituciones latinoamericanas no contienen una norma de esta naturaleza. Entre ellas es interesante tener en cuenta las de Cuba, Nicaragua, México, Haití *y* Chile e indicar las posibles razones de este apartamiento de la línea general, y sus consecuencias, según la diferente filiación política e ideológica de los diversos textos constitucionales.

Naturalmente, como en el caso de la nómina de las constituciones que incluyen normas sobre derechos, o derechos y garantías, o deberes, derechos y garantías no enunciados o enumerados expresamente, este análisis de los casos en que no hay normas al respecto, no pretende ser exhaustivo *y* completo. Sólo muestra algunos ejemplos.

24) La Constitución de México de 1917 no contiene una norma relativa a los derechos no enumerados o no enunciados.

Tampoco existía en la Constitución de 1857.

Analizando esta situación ha dicho Héctor FIX ZAMUDIO:

"Llama la atención que en la Constitución de 1857, no obstante la declaración categórica de los derechos humanos, que son el objeto y la base de las instituciones sociales, no se hubiese establecido al mismo tiempo, como consecuencia de esta concepción claramente iusnaturalista, una disposición similar al Artículo IX de la Constitución federal de los Estados Unidos y en varias otras de América Latina, entre las cuales destaca el Artículo 33 de la Constitución argentina de 1853, reformada en 1860 y por tanto contem-

poránea de la nuestra, sobre la existencia de derechos o garantías implícitos, es decir, que la enumeración de los derechos consagrados por la Constitución no debía entenderse como negación de aquellos que conserva el pueblo (Estados Unidos) o que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno (Argentina).

Coincidían los tratadistas mexicanos de la época, entre ellos José María Lozano e Isidro Montiel y Duarte, en el sentido de que los derechos del hombre eran anteriores y superiores a la Constitución, la que únicamente consagraba los de mayor importancia, los cuales, por el hecho de ser enumerados en los preceptos fundamentales, se transformaban en garantía de acuerdo con la romántica idea de los revolucionarios franceses de que bastaba consagrar un derecho en un texto constitucional para que el mismo fuese respetado por gobernantes y gobernados" (39).

Explicando la ausencia en la Constitución de 1917 de una norma del tipo de las que estamos examinando y pensando en las consecuencias de estas ausencias, ha dicho el mismo autor:

"Tenemos la convicción de que los constituyentes de Querétaro no tenían una idea precisa de las concepciones iusnaturalista o positivista de los derechos humanos, pero la misma redacción del precepto constitucional nos indica que consideraban que los propios derechos fundamentales debían ser conferidos expresamente por la Constitución y no simplemente reconocidos como anteriores a la misma; de manera que en nuestro sistema no se pueden concebir los derechos o garantías implícitos, o sean aquellos que sin estar consignados en la ley suprema, se desprenden de la soberanía del pueblo o de la forma republicana o democrática de gobierno, como lo establecen otros textos constitucionales en América Latina" (40).

25) La Constitución de Cuba de 1976 no contiene ninguna norma sobre los derechos no enumerados. Nada dice al respecto el Capítulo VII (Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales).

---

39) Héctor FIX ZAMUDIO, Comentarios al Artículo 1º, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, pág. 2.

40) Héctor FIX ZAMUDIO, op. cit., pág. 3.

Esta situación es consecuencia natural de la filosofía política en que se funda esta Constitución y de la naturaleza y limite de los Derechos, Deberes y Garantías en un "Estado socialista de trabajadores" (Art. 1º).

Podría estimarse que en la Constitución de Cuba socialista la Constitución es atributiva y constitutiva de derechos y que los que no están enunciados o enumerados no están reconocidos ni protegidos constitucionalmente.

Es interesante comprobar que en el derecho constitucional cubano anterior a 1959 la situación era diferente. En efecto, la Constitución, arrasada en su momento por la dictadura de Batista, promulgada en julio de 1940, disponía en el inciso cuarto de su Art. 40: *"La enumeración de los derechos garantizados en este Título, no excluye los demás que esta Constitución establezca, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*.

Una disposición similar se encontraba ya en la primera Constitución de Cuba independiente, la de 1901, cuyo Art. 36 establecía: *"La enumeración de los derechos garantizados expresamente por esta Constitución no excluye otros que se derivan del principio de la soberanía del pueblo* y de *la forma republicana de gobierno"*.

26) La Constitución de Nicaragua de 1987 tampoco contiene ninguna disposición del tipo de las que analizamos. En cierta forma esto se explica por el contenido político e ideológico en el que se fundó la Constitución de 1987, en la Nicaragua posterior a la caída de Somoza *y* por las características del régimen sandinista.

Las reformas parciales posteriores, de 1990 y 1995, nada modificaron al respecto.

Sin embargo el Art. 46 de la Constitución de Nicaragua se refiere a los "derechos inherentes a la persona humana" y a "la plena vigencia de los derechos consignados" en los instrumentos internacionales que enumera.

De esta norma puede deducirse que, aun sin disposición expresa, es posible reconocer derechos no enunciados, "inherentes a la personalidad humana" o que se encuentran proclamados en los instrumentos internacionales que cita *y* a los que se remite la Constitución.

Sin embargo la Constitución anterior de Nicaragua, la de 1950, disponía en su Art. 125: *"La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son* inherentes *a la persona humana o que se deriven de la forma establecida de Gobierno"*. Lo mismo se encontraba en la de 1948 (Art. 111), en la de 1939 (Art. 137) y también en otros textos anteriores.

27) La Constitución de Haití de 1987 tampoco contiene nada al respecto en su Título III, Capítulo II (De los Derechos Fundamentales). Esta situación es comprensible, por la filiación, no totalmente asimilable al restante derecho constitucional latinoamericano, que tiene el derecho constitucional haitiano y la inexistencia consiguiente de un paralelismo.

Sin embargo, la filosofía política de la Constitución haitiana es análoga a la de los países latinoamericanos, que reconocen la existencia de derechos no enumerados, ya que se basa en el respeto necesario de la persona humana e invoca especialmente la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 19).

28) La Constitución de Chile de 1980 no incluye una norma sobre los derechos no enumerados o enunciados.

Pese a ello puede sostenerse que implícitamente tal situación existe *y* se acepta en virtud de lo dispuesto por el inciso segundo del Art. *5º*, que dice: *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes"*.

29) La Constitución de Panamá de 1972 ni en esta Constitución ni en las de 1946, 1941 y 1904 indican normas relativas a los derechos no enumerados o no enunciados.

IV. CLASIFICACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO AL RESPECTO

30) Intentaremos ahora ordenar, en cuanto a las fórmulas empleadas, todo este Derecho Constitucional americano, clasificando los distintos elementos. Es, lógicamente, sólo un intento preliminar de una clasificación, de

carácter necesariamente parcial. En cada caso es preciso tener en cuenta el texto propio de cada norma constitucional pertinente.

a) Algunos textos se refieren a que los derechos no enunciados o no enumerados expresamente "no excluyen los otros que" (Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana, Uruguay).

En otros casos la fórmula usada es que la enumeración "no será entendida como negación de otros que" (Argentina, Bolivia, Colombia, Honduras, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela).

En un caso se dice que la no inclusión constitucional "no podría alegarse para negar o menoscabar otros" (Estados Unidos).

b) Ciertos textos se refieren sólo a derechos (Estados Unidos y Perú).

Otros a derechos y garantías (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Honduras, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela).

Otros, a derechos, deberes y garantías (Guatemala, República Dominicana y Uruguay).

c) La gran mayoría de los textos constitucionales examinados se refieren a los derechos humanos en general, sin especificar ni invocar especialmente los civiles, los económicos, los sociales y los culturales. Sin embargo, en dos casos la previsión expresa relativa a los derechos no enunciados o no enumerados está referida sólo a los derechos sociales (Costa Rica y El Salvador).

d) Los derechos a los que se aplican las disposiciones constitucionales son:

- Los otros retenidos por el pueblo (Estados Unidos).

- Los inherentes a la personalidad humana o a la dignidad humana (Uruguay, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela).

- Los que resultan de la soberanía del pueblo (Bolivia, Perú).

- Los que derivan de la democracia o de una forma política determinada republicana representativa, republicana democrática o democrática representativa (Bolivia, Honduras, Perú, Argentina y Uruguay).

- Los derechos que poseen igual naturaleza que los derechos no expresamente enunciados o enumerados (República Dominicana).

- Los que resultan del régimen y los principios adoptados por la Constitución (Brasil).

- Los que están reconocidos en tratados, convenios e instrumentos internacionales (Brasil, Colombia y Ecuador).

V. LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUMERADOS O NO ENUNCIADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS

31) En el derecho internacional de los derechos humanos no existen normas sobre los derechos no enumerados o no enunciados ni en los instrumentos de sistema universal de las Naciones Unidas, ni en el sistema europeo ni en el de la Convención Africana.

Sin embargo, fundándose en la naturaleza de los derechos humanos y en la filosofía política en que se basan, cierta doctrina y la jurisprudencia de la Corte Europea, han tenido en cuenta, aunque de una manera implícita, en base a una interpretación evolutiva de la Convención que contempla las cambiantes realidades, que otros derechos no enumerados o no enunciados pudieran, en cierta forma, considerarse incluidos en el sistema internacional europeo de protección (41).

32) Nada hay tampoco en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aunque por su filiación y fundamentos filosóficos y políticos puede decirse que existía y existe la posibilidad de considerar incluidos otros derechos, deberes y garantías no expresamente enumerados o no enunciados.

33) En cambio, el Art. 29 c) (Normas de interpretación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una norma expresa a este respecto.

Esta norma dice: *"Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:*

41) Gerard COHEN - JONATHAN, *La Convention Europeenne des Droits de I 'Homme,* Economica París 1989, págs 13,21 -23.

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la 'forma democrática representativa de gobierno".

La Convención Americana (Art. 29, c) se refiere a "derechos y garantías" y a la "forma democrática representativa de gobierno".

El Art. 29 c) de la Convención Americana juzga en cierto sentido, aunque no de manera idéntica, respecto de los "derechos y garantías", que pueden ser objeto de protección internacional regional; el mismo efecto que las normas pertinentes del derecho constitucional comparado latinoamericano generan con respecto a los derechos, deberes o garantías, no expresamente enunciados en los textos constitucionales, pero que, sin embargo, han de ser objeto de protección y garantía constitucional en virtud de la aplicación de esas normas.

Las normas, las internas y la internacional (Art. 29 e) se integran y accionan recíprocamente.

Con razón ha dicho BIDART CAMPOS, comentando esta norma, que ella *"tiene por cierto que el ser humano explaya sus derechos mucho más allá de los que expresamente formulan las normas del Pacto"* (42).

34) La inclusión en el proyecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, presentado por el Uruguay en la Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de 1965, se debió a una iniciativa del Profesor Alberto Ramón REAL en el Simposio organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (43), para estudiar el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos adoptado en Santiago de Chile, en 1959. La propuesta del Profesor REAL, que invocó la Constitución uruguaya, es un ejemplo más de la incidencia del derecho constitucional sobre el derecho internacional.

---

42) Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, cit., t. III, pág. 259.

43) Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1959, pág. 164; Héctor GROS ESPIELL, Le Systeme Interamericain comme Régime Régional de Protection des Droits de l'Homme, Academie de Droit Internationel, Recueil des Cours, La Haye, 1957.

El proyecto elaborado en el Simposio de Montevideo fue hecho suyo por el Gobierno uruguayo y presentado oficialmente a la Conferencia de Río. Este proyecto, junto con el originario del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de Santiago proyecto de Chile, fueron remitidos para ser estudiados al Consejo de la OEA y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (44).

La Comisión, en el texto final que elaboró, incluyó, con modificaciones redaccionales, la iniciativa presentada por Uruguay sobre los derechos, deberes y garantías no enunciados expresamente

Este proyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ajustado y con cambios parciales de redacción, limitado a los derechos y garantías, fue incluido en el documento Nº 5 de la Conferencia de San José, fechado el 22 de setiembre de 1969. Se mantuvo, finalmente como Art. 29 c), con la sola eliminación de la palabra "republicana" y la referencia, en cambio, a la "forma democrática representativa de gobierno", en el texto incluido en la Convención adoptada el 22 de noviembre de 1969, es decir en el Pacto de San José.

35) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado en su jurisprudencia el Art. 29 en general, pero no el inciso c) en especial. En efecto, no ha hecho hasta hoy uso de esta disposición relativa a un criterio hermenéutico que impide interpretar ninguna de sus disposiciones en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes a la naturaleza humana o se derivan de la forma democrática de gobierno.

36) El Art. 29 c) de la Convención Americana tiene internacionalmente en el régimen de protección internacional regional de los derechos humanos, el efecto ya señalado. Esta consecuencia o efecto significa que para todos los países partes en la Convención, existe ahora, en lo que respecta al régimen internacional de protección de los derechos humanos, un sistema análogo respecto de los derechos no enunciados o no enumerados, al previsto en la mayoría de los textos constitucionales americanos.

---

44) Daniel Hugo MARTINS, La Participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Redacción del Proyecto de Convención (Pacto de San José, de Costa Rica), y "Las sugerencias de la C.I.D.H. en la protección de los Derechos y Libertades no reconocidos expresamente en la Convención" en Héctor GROS ESPIELL, Amicorum Líber, vol, I, Bruxelles, 1997, pág. 800.

Ha jugado así la Convención un papel expansivo y unificador, en el ámbito internacional, de una fórmula nacida en el derecho constitucional y que ahora existe, internacionalmente, tanto para los Estados partes que han seguido en su derecho interno esa fórmula, como para los Estados partes que no han consignado una norma análoga en su derecho constitucional.

37) El Art. 31 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el título de "Reconocimiento de Otros Derechos", dispone: *"Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77"*.

Estos dos artículos se refieren al procedimiento para adoptar enmiendas a la Convención (Art. 76) y al procedimiento para elaborar "proyectos de protocolos adicionales" a la Convención, "con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades" (Art. 77).

¿Qué significado tiene la posibilidad de incluir expresamente, por vía de protocolos adicionales a la Convención, otros derechos a los que será aplicable el régimen de protección de ésta, ante lo dispuesto por el Art. 29 c) de la misma Convención?

Es preciso interpretar estas dos normas - los Arts. 31 y 29 c del Pacto de San José -de una manera armónica y sistemática, que no excluya a ninguno de ellos y que, por el contrario, permita la coherente aplicación de ambos.

Con este criterio se llega a la conclusión de que el posible reconocimiento expreso, por protocolos adicionales, de otros derechos y libertades a efectos de incluirlos en el régimen de protección previsto por la Convención (Art. 31), no excluye la también posible aceptación de la existencia de otros derechos, que asimismo, gozarán del régimen convencional de protección, siempre que ellos fueran "inherentes al ser humano" o que se "deriven de la forma democrática representativa de gobierno" (Art. 29 c).

En este último caso serán los órganos competentes para "conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes", es decir la Comisión y la Corte Interamericana, los encargados de determinar que un derecho no enunciado expresamente, cuando cumple con las exigencias del Art. 29 c), debe considerárselo incluido en el régimen de protección del Pacto de San José.

De todas maneras, lo que es evidente, es que la posibilidad eventual de recurrir, para reconocer un derecho o una libertad, a lo dispuesto por el Art. 29 c), no debe inhibir la deseable aplicación del régimen de los Arts. 31 y 77, a efectos de incluir progresivamente -de una manera expresa, indiscutible, precisa y clara; - uno o más nuevos derechos, no enunciados en la Convención, en el régimen de protección que ésta establece.

VI. CONCLUSIONES

38) La existencia de normas relativas a los derechos no enunciados o no enumerados en la Constitución, a efectos de asegurar su garantía y protección, cuando Poseen determinados elementos o carácter, que varían según las diferentes constituciones, es una característica del derecho constitucional comparado americano. Pocas excepciones pueden señalarse, pero incluso en algunas de ellas -quizás en los casos más interesantes política e ideológicamente- esa inexistencia de disposiciones al respecto, está en contradicción con una tradición constitucional anterior que era análoga y paralela a la de la gran mayoría de los países americanos.

La presencia de este tipo de normas es una consecuencia de la filosofía iusnaturalista en cuanto fundamento de los derechos humanos, inmanentes a la naturaleza humana, resultantes de la dignidad de la persona, anteriores al Estado y a la Constitución, que ésta se limita a definir, precisar, garantizar y proteger.

Incluso en algunas constituciones en que no hay disposiciones expresas sobre los derechos no enunciados o no enumerados, es posible llegar a igual conclusión a la que se arriba en virtud de estas normas, en base a la aplicación de la filosofía política que está en la base de esas constituciones.

Sin embargo, es útil que la Constitución encare la cuestión de los derechos no enunciados o no enumerados, ya que el silencio podría ser erróneamente interpretado como negación de los derechos no declarados o no enumerados expresamente.

Es conveniente que se incluya en la previsión relativa a los casos no enumerados o no enunciados, no sólo a los derechos sino también a las garantías y a los deberes, como lo hacen algunas constituciones americanas.

Normas de este tipo son necesarias para asegurar la protección constitucional de los nuevos derechos, deberes y garantías que van surgiendo como

consecuencia de nuevas necesidades del hombre y de la comunidad, cada día más acuciantes y de más compleja satisfacción

Hoy además de la referencia a la soberanía del pueblo, a la dignidad de la persona, a sus derechos inherentes, al sistema político constitucional, a la democracia o a la forma de gobierno como elementos de los que derivan el reconocimiento, protección y garantía de los derechos no declarados, enunciados o enumerados constitucionalmente de manera expresa, debe hacerse referencia a los derechos garantías y deberes incluidos en instrumentos internacionales.

LOS ORIGENES DE LA NOCION DE ACTO JURIDICO A TRAVES DE LA CONSTRUCCION DE UN SISTEMA JURIDICO (*)

Por Alejandro Guzmán Brito (**)

1. NEGOCIALIDAD Y SISTEMA EN EL DERECHO ROMANO

Es bien conocido el hecho histórico de que los juristas romanos se desinteresaron por la construcción de teorías generales y de sistemas jurídicos. Esto explica que en sus escritos no encontremos una exposición concerniente al "acto jurídico" considerado como noción abstracta, tan familiar a nosotros, ni que, bajo otras denominaciones, la negocialidad jurídica en general ocupe un rango sistemático supremo en sus exposiciones de derecho civil y pretorio.

En la historia de la jurisprudencia romana solo encontramos una excepción. Se trata de Gayo (s. II d. C.) y su obra titulada "Instituciones". En esta obra, por cierto, el concepto inicial es el de ius, cuya división, considerada como género supremo, da origen a tres subgéneros: el derecho "pertinente a las personas, a las cosas, a las acciones" (ad personas ad res ad actiones) (1).

(*) Este trabajo corresponde al discurso de incorporación de su autor como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, leído en la sesión del día 15 de septiembre de 1995. Por lo demás, él forma parte de una investigación más amplia, que concierne a diversos aspectos de la historia moderna, doctrina general del acto jurídico (y del contrato).

(**) Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en Chile.

1) Gai Inst., 1.8. En la parte sobre las personas, Gayo trata de los libres y esclavos; de los sometidos a patria potestad; de las sometidas a poder marital;

En el derecho pertinente a las res, merced a la división de éstas en corporales e incorporales, Gayo sitúa al usufructo y las servidumbres, por un lado; la herencia, por otro; y las obligaciones en fin, porque todas ellas son res incorporales, en cuanto se trata de iura (2). Por su parte, la summa divisio de las obligaciones se resuelve en dos especies, ya que toda obligación o nace de un contrato (ex contractu) o nace de un delito (ex delicto). De las obligaciones que nacen de un contrato hay cuatro géneros, dice Gayo, porque una obligación o se "contrae por una cosa" (re), o "por palabras (solemnes)" (verbis), o "por escrito" (litteris) o "por el consentimiento" (consensu) (3). Aquellas que nacen ex delicto se descomponen en el hurto (furtum), el robo (rapina), el daño (damnun iniuria datum) y la injuria (iniuria) (4).

Por vez primera en la jurisprudencia romana vemos surgir una palabra general para designar sistemáticamente un vasto sector de la negocialidad jurídica, cual es aquella de efectos obligacionales, aunque no abarque toda la negocialidad; esa palabra es contractus. Tal no era el sentido que dicho término tenía en la jurisprudencia metropolitana (5), pero Gayo no encontró otro mejor para designar genéricamente el grupo de actuaciones obligacionales licitas, por lo cual necesariamente se vio conducido a ampliar la comprensión del término (6). De todas maneras, debe observarse que, por referirse a la negocialidad convencional de efectos obligacionales, el contractus no pudo ocupar un lugar supremo en el sistema expositivo del derecho construido por Gayo. Quiero decir que todavía estamos muy lejos del "acto jurídico" bilateral o unilateral, creador, modificador o extinguidor de efectos jurídicos y tanto con efectos reales cuanto con efectos obligacionales.

Por otro lado, en Gayo no encontramos, además, el desarrollo de una doctrina general del contrato, aplicable a cada una de sus especies. En tal sentido, la generalización que él operó fue meramente nominal, no sustancial

---

de los sometidos a tutela, etc. La parte de las acciones concierne a las acciones y otros recursos procesales.

(2) Gai Inst., 2.12-14. Para Gayo, son cosas corporales aquellas que pueden ser tocadas, e incorporales aquellas que no pueden serlo y reciben su consistencia del derecho.

(3) Gai Inst., 3.88-89.

(4) Gai Inst., 3.182.

(5) En general, contractus designa la relación obligacional bilateral: vid. Dig. 50.16.19 de ULPIANO con cita de LABEON.

(6) Para Gayo, en efecto, lo decisivo es la bilateralidad estructural o convencionalidad, no la obligacional.

y si tuvo efectos conceptuales, fue sólo en relación con la idea de contrato, no, en él al menos, con las reglas aplicables a cada especie.

Hasta aquí, pues, llegó Gayo. Solo considerando su sistema de fuentes en proyección histórica, aparece como promotor del complemento faltante en él, a saber: la teoría o doctrina de reglas generales aplicables a todos los contratos. Eso habrá de ser cumplido en la época moderna.

Nada más de las doctrinas de Gayo interesa a nuestros propósitos que lo dicho. Tampoco nos interesa un desarrollo posterior que el propio Gayo introdujo a su sistema institucional (7) ni el desenvolvimiento que de éste último ya modificado hizo Justiniano (8).

Los juristas medievales no hicieron avances más allá del estado en que encontraron la materia en las fuentes justinianeas, desde el punto de vista que aquí nos ocupa, por cierto. Pero las cosas cambiaron radicalmente en la época moderna.

II. LAS GRANDES LINEAS DEL PENSAMIENTO JURIDICO EN LA EPOCA MODERNA

El espíritu de la jurisprudencia mudó totalmente, en efecto, durante la época moderna. Cualquier época siempre puede ser caracterizada por algún rasgo único (con tal de que no se olvide que siempre también hay otros rasgos caracterizantes). Desde la perspectiva que nos preocupa en este momento, la época moderna puede ser caracterizada por su interés en la construcción de un sistema racional (distinto del justinianeo, llamado ordo legalis por los medievales) destinado a recoger la materia jurídica. Este rasgo se desdobla en dos momentos: el del humanismo jurídico (siglo XVI principalmente) y el del iusnaturalismo racionalista (siglos XVII y XVIII). Este último cristalizó en las codificaciones de fines del s. XVIII y principios del XIX, que fijaron un modelo técnico para las posteriores.

---

(7) En otra obra, que conocemos como Res cottidianae sive aureae (en Dig. 44.7.1.1; 44.7.1.2; 44.7.1.4; 44.7.1.4), la división de las fuentes es tricotómica: “ex contractu-ex delicto-ex variis causarum figuris”. En este último miembro, Gayo incluye todas las fuentes que consisten en hechos y no convencionales.

(8) Iust. Inst. 3.13.2. La división ahora es: ex contractu-ex delicto-quasi ex contractu-quasi ex delicto.

1. EL HUMANISMO JURIDICO

No es necesario insistir aquí en la importancia que tiene el humanismo jurídico en la historia de la sistemática del derecho No es el tema de este trabajo. Basta con recordar algunos puntos fundamentales (9).

Los juristas influidos por el humanismo dejaron de considerar al Corpus Iuris Civilis como una lex, cual había sido la perspectiva medieval, y adoptaron frente a él una postura historicista. Reconocieron, en otras palabras, que ese cuerpo es un monumento de la última época del derecho romano y que fue construido con materiales provenientes de sus épocas anteriores: es decir, que el Digesto es una antología de fragmentos de obras de juristas del período clásico y que el Código es una compilación de rescriptos y leyes imperiales dadas en un dilatado arco de tiempo. Dieron toda su importancia al hecho de que al recoger Justiniano esos materiales interpoló sus textos para introducir reformas en el derecho, modernizar los escritos antiguos y hacerlos concordar entre sí cuando se contradecían. Se fijaron en que fuera del Corpus Iuris Civilis existen otras fuentes jurídicas, varias de las cuales, por lo demás, ellos mismos redescubrieron en los repositorios de las viejas bibliotecas. Acudieron a las fuentes literarias no jurídicas en que, sin embargo, muchas veces se dan noticias sobre el derecho, particularmente en Cicerón. Y con todas estas perspectivas se entregaron a la labor propiamente histórica de reconstruir el que había sido el derecho clásico. Ello les condujo a criticar las compilaciones justinianeas por haber desnaturalizado aquél y a la ciencia de los comentaristas medievales por haber desnaturalizado, a su vez, el Corpus Iuris Civilis, considerado como fuente para la historia, con sutilezas escolásticas.

Uno de los puntos en que se manifestó especialmente esta independencia espiritual de los juristas del siglo XVI influidos por el humanismo fue precisamente la sistemática. Para ellos, el paradigma de sistema era el que había recomendado Cicerón: el ius in artem redigere. Esto significaba el uso de la dialéctica en función constructiva de esquemas generales de ordenación a través de las operaciones de la divisio y la partitio. Les resultaba evidente que nada de ello estaba presente en el Digesto ni en el Código, pero se dieron cuenta, en cambio, que sí en las Instituciones de Justiniano (ya hemos visto que no pudieron conocer las de Gayo), y eso explica que esta fuera la única obra integrante del Corpus Iuris Civilis que se salvó de la crítica humanista, al menos en el grado en que se la aplicó a las demás partes del mismo.

(9) Me remito a mi trabajo: “Mos italicus y mos gallicus”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 2. 1978. págs. 11 ss.

De todos modos, estos juristas no adhirieron incondicionalmente al sistema de las Instituciones. Todavía se sintieron facultados para reformarlo e incluso para sustituirlo por otros sistemas dialécticamente formados, si bien difícilmente pudieran prescindir de muchas construcciones y esquemas de la obra, que ellos aprovecharon.

Aunque las primeras manifestaciones de la aplicación de los cánones del humanismo al derecho tuvieron lugar en Italia hacia fines del s. XV, como un capítulo más del humanismo general, y no bien hubiera sido especialmente desarrollada por el italiano Andrés Alciato († 1550), la nueva visión no tuvo éxito en su país de origen, en donde continuó predominando sin contraste la metodología dogmática de los comentaristas, a quienes solía denominarse "bartolistas", por el máximo representante de todos, Bartolo de Sassoferrato. El humanismo jurídico, en cambio, arraigó en Francia, que durante todo el siglo XVI se transformó en el foco de la nueva metodología, al punto de haber llegado a adquirir el nombre de "modo francés" (mos gallicus) en oposición al "modo italiano" de los bartolistas (mos italicus). De ahí emigró a Holanda hacia fines del siglo, como consecuencia de las persecuciones en contra del calvinismo, al cual pertenecieron muchos humanistas. Todavía, pues, durante el s. XVII floreció la escuela humanística, pero pronto entroncó con una nueva postura, la del iusnaturalismo racionalista, como se ve en el mismo Grocio (1583-1645).

2. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA (10)

Entre otros, el iusnaturalismo fue tributario del humanismo en su interés por el sistema jurídico. Al principio, la continuidad fue total. Es decir, también los iusnaturalistas vieron en la dialéctica el instrumento principal para la construcción de sistemas. Ello se observa en Grocio, cuya obra principal, De iure belli ac pacis (1625) está redactada con recurso a las viejas técnicas dialécticas. Pero la idea sustentada por estos juristas, de existir un derecho natural no consistente en unos pocos principios generales, como había sostenido santo Tomás, sino desarrollado en sus consecuencias, pronto les condujo, bajo el influjo del éxito alcanzado por la nueva ciencia física matemáticamente concebida a partir de Galileo, a considerar al derecho natural del mismo modo en que los físicos consideraban a los fenómenos naturales y a intentar aplicarle el rigor metodológico de las matemáticas. De esta consideración se originó la axiomática jurídica, según la cual el derecho consiste y

(10) Para lo que sigue, me remito a mi libro la fijación del derecho. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, págs. 55 ss.

debe ser expuesto según un sistema de principios universales y de consecuencias lógicamente deducidas, que se traban del mismo modo entre sí y que reflejan exactamente el orden interno del derecho natural. Ello, ciertamente, no significó el abandono de la dialéctica; antes bien, todavía ésta prestó sus servicios a los iusnaturalistas tardíos para la construcción de sus sistemas axiomáticos, como se ve en Cristian Wolf (1679-1754), el máximo representante del método axiomático-jurídico.

III. UN LUGAR PARA EL ACTO JURIDICO EN EL SISTEMA DEL DERECHO

Lo anterior es suficiente para entender las relaciones entre la sistemática humanista y iusnaturalista con la formación de la doctrina general de la negocialidad jurídica, propiamente del acto o negocio. Con base en ello, ahora podemos entrar en el estudio de los autores.

1. François Connan

Podemos localizar muy precisamente el acta de invención de un lugar principal en el íntegro sistema del derecho para la negocialidad jurídica que, como vimos, faltó en el derecho romano, incluso en Gayo.

En general, los humanistas aceptaron la división fundamental del ius en aquel pertinente ad personas, ad res, ad actiones que conocían porque su formulación fue repetida en las Instituciones de Justiniano (11) y porque en el Digesto se conservó el fragmento de las Instituciones de Gayo en que aparece descrita (12). En esa tridivisión, la palabra actio significa la acción procesal.

Ahora bien, esta aceptación, en principio al menos, es la actitud que encontramos en uno de los tantos juristas del mos gailicus, François Connan (Connanus, 1508-1551) (13), en su obra Commentariorum iuris civilis libri X, publicada póstumamente en 1553 (14). Al tratar de la materia del ius, en

(11) Inst. 1.3.12.

(12) Dig. 1.5.1.

(13) Sobre este jurista: BERGFELD. Chr.: Franciscus Connanus. Köln-Graz, Böhlaus, 1 968. Para la doctrina que seguidamente se expone: AFFOLTER, F. X.: Das römische Institutionen-system. Sein Wesen und seine Geschichte, Berlin. 1897, pág. 102 ss.: BERGFELD, cit., págs. 147 ss.

(14) Ed.: CONNAN, François: Commentariorum iuris civilis libri X, Hanoviae, 1610.

efecto, Connan dice que ella puede reducirse ad personas, ad res, ad actiones, según lo dice Gayo en el fragmento de sus Instituciones conservado en el Digesto. Pero entiende que hay una contradicción entre el pensamiento genuino de Gayo, manifestado en el texto del Digesto (aunque ahí nada más se dice que el enunciado de la división) y el expresado por Justiniano en sus Institutiones, en orden a que actio significa la acción procesal. Según Connan, pues, Gayo habría entendido por actio "los hechos y actos" de las personas (factis et actis) (15), que además identifica con el concepto aristotélico de synallagma. Para Aristóteles, en efecto, esta noción comprendía al contrato y al delito (16) y Connan declara expresamente que ha de seguir tal parecer(17).

(15) CONNAN, François: Commentariorum iuris civilis libri X; ed. cit., lib. II, cap. 1. párr. 1, pág. 91): "Cualquiera que pueda ser el debate y la controversia de derecho, es acerca de la persona de alguien, o de las cosas, o de sus hechos y actos" (Quaecum-que enim esse potest iuris discreptatio et controversia, aut de persona alicuius est, aut de rebus, aut de factis eius et actis). De todos modos, la terminología tiene alguna oscilación. Más adelante dice el autor (ibid., pág. 92): "Pues en verdad todas las acciones se dirigen a las personas o a las cosas, pero también todas proceden y emanan del derecho de las personas o de las cosas o de nuestros hechos y dichos" (Nam omnes quidem actiones aut in personam diriguntur aut in rem, sed omnes item a personarum vel rerum vel factorum dictorumque nostrorum iure ducuntur et manant). Y todavia (ibid.):

"Pues el derecho consiste en la persona, las cosas nuestras o los hechos" (Nam in persona, rebus nostris aut factis ius consistit). En fin (ibid.): "Primeramente, pues, disputaremos acerca de las personas: después, acerca de las cosas y de su derecho: finalmente, acerca de nuestras acciones..." (Primum enim disputabimus de personis, tum de rebus earum que iure, postremo de actionibus nostris...). Se observarán, así, las vacilaciones: facta et acta, facta et dicta, facta, actiones.

(16) Sobre el concepto aristotélico de synallagma: DESPOTOPOULOS. C.: "La notion de synallagma chez Aristote",. en Archives de Philosophie du Droit 13, 1968, págs. 115 ss.

(17) CONNAN, François: Commentariorum iuris civilis libri X, e d. cit., lib. II. cap. 1. párr. 1. pág. 92: "Primeramente, pues, disputaremos acerca de las personas: después, acerca de las cosas y de su derecho: finalmente, acerca de nuestras acciones, que Aristóteles llama synallagma y que divide bipartitamente en contratos y delitos: lo que nosotros también habremos de hacer" (Primum enim disputabimus de personis, tum de rebus earum que iure, postremo de actionibus nostris, quae Aristoteles synallagma vocat, eaque dupliciter partitur in contractus et delicta; quod etiam nos facturi sumus).

No interesa aquí la argumentación de Connan para concluir como lo hace, ni que se haya equivocado atribuyéndole la idea de que actio significa lo que él dice. Lo trascendente de su operación interpretativa de la palabra actio es haber creado por la primera vez un lugar muy general a las actuaciones humanas (lícitas e ilícitas) relevantes para el derecho, situado en el más alto nivel del sistema, a la misma altura que las personae y las res.

Sin embargo, Connan sólo llegó hasta ese punto. La doctrina general de las actuaciones humanas relevantes para el derecho, hasta entonces inexistente, nada le debe. Pero el camino quedó abierto, porque ya se supo en dónde situarla.

2. Jean Bodin

Así se ve en otro jurista francés, como Connan, adepto del mos gallicus, cual es Jean Bodin (Bodinus, 1529 ó 1530-1596), autor de un proyecto de sistematización del derecho que significativamente tituló Iuris universi distributio (1578) (18).

También Bodin parte de la materia iuris, pero en vez de encontrarla en personae res actiones, directamente dice que versa "sobre las personas, las cosas o los hechos y dichos de las personas" (in personis, in rebus aut in factis ac dictis personarum) (19), en donde "hechos" significa "dichos, escritos, gestos y acciones de las personas", si bien en cuanto produzcan una relación de derecho o contraria a derecho (20), Bodin cita expresamente a Connan, y recoge su crítica al sistema tradicional por su identificación de las

---

Con esta partición directamente fundada en Aristóteles, Connan, sin saberlo, entronca con la doctrina de las Institutiones de Gayo, que también pone como summa divisio de las obligationes a dos species: ex contractu y ex delicto (Gai. 3.88.).

(18) Ed.: BODIN, Jean: "Iuris universi distributio", en Æuvres philosophiques de Jean Bodin (texte établi, traduit et publié par P. Mesnard), Paris. PUF., 1951, págs. 71 ss. Sobre la materia en exposición: vid. AFFOLTER, F. X.: Das römische Institutionensystem. Sein Wesen und seine Geschichte, Berlin, 1897. pág. 105 ss.: ahora WOLODKIEWICZ, W.: "Bodin et le droit romain", en Jean Bodin. Actes du colloque interdisciplinaire d' Angers, Angers. PU., 1985, vol. I, págs. 303 ss.

(19) BODIN, Jean: Universi juris distributio, ed. cit., 1. 23 ss., pág. 73. Como su nombre lo indica, esta "distribución de todo el derecho" no es más que un esquema de rúbricas, una suerte de sumario, con breves explicaciones y definiciones, que abarca pocas páginas en la edición aquí usada.

acciones con las acciones procesales, que excluye las convenciones, los testamentos, los delitos, las obligaciones, las liberaciones, las adquisiciones y las alienaciones (21).

3. Johannes Althusius

Un puesto importante en la historia de las relaciones entre sistemática y doctrina general de la negocialidad lo ocupa Johannes Althusius (1557-1638), autor de una *Dicaelogicae libri tres* (1617) (22). Esta importancia deriva, en primer lugar, de que Althusius fue todavía un humanista, pero en algunos aspectos resultó precursor del iusracionalismo, de modo que podemos considerarlo como un autor de transición. Enseguida, de que el uso de la dialéctica en función sistemática adquiere en él una relevancia casi abusiva(23). En tercer lugar, porque también Althusius aprovechó la sugestión de

(20) BODIN, Jean: Universi juris distributio, ed. cit., I, 4 ss., pág. 74: "Hechos, esto es dichos, escritos, gestos, acciones de las personas... pero por tales se entienden en la medida en que tengan una unión con el derecho o con la antijuridicidad" (Facta, id est personarum dicta scripta, gesta, actiones... sed ea duntaxat intelliguntur quae iuris, aut iniuriae communionem habet). La idea de relación juridica aún no había ingresado en la ciencia jurídica en la época de Bodin; él habla de facta... quae iuris aut iniuriae communionem habet: pero communio lo podemos traducir por relación e iniuria por antijuridicidad.

(21) BODIN, Jean: Universi juris distributio, ed. cit., 1.9 ss., pág. 74: "Gayo y Justiniano dividieron toda la materia del dereho en cosas, personas y acciones; pero uno y otro usó la palabra acción como acción forense, en contra de lo cual piensa Connan; en esta división se deja afuera las convenciones, los testamentos, los delitos, las obligaciones, las liberaciones, las adquisiciones, las alienaciones, de las cuales nacen las acciones forenses o efectos momentáneos de los actos" (Caius et Justinianus omnem materiam juris in res, personas et actiones diviserant; sed uterque actionis verbum pro forensi actione usurpavit, contra quam putat Connanus; qua divisione praetermittunt conventiones, testamenta, delicta, obligationes, liberationes, acquisitiones, alienationes, ex quibus oriuntur actiones forenses, seu effecta actuum momentanea).

(22) Ed.: ALTHUSIUS, Johannes: *Dicoeologicae libri tres,* Francofurti, 1649; reimp. Aalen, Scientia, 1967.

(23) ALTHUSIUS, en el principio mismo de su obra, declara que el arte del derecho (que es aquello a lo que bizarramente llama *dicoeologicae)* se desarrolla según los criterios de la *partitio* y la *divisio Dicaeologicae,* ed. cit., lib. 1. cap. 1, párr. 3. pág. 1).

Connan de situar en un lugar preeminente del sistema a la negocialidad jurídica. En fin, porque a él se debe una primera contribución a la formación de lo que ya aparece como teoría sustancial del negocio jurídico. En este momento sólo cabe ocuparse de los aspectos sistemáticos de su doctrina.

Según nuestro autor, los miembros (las partes) fundamentales de la *dicaeclogica* son el *negotium seu actum symbioticum* o *factum* y el *jus* (24). Esta primera partición deriva de la consideración de que el arte jurídico trata de los hechos y del derecho. Negocio o acto simbiótico. en consecuencia, aquí no significa todavía "acto o negocio jurídico", sino que tiene el vago sentido de actuación o conducta en la vida asociada; o sea el hecho al cual el derecho se aplica, de donde que también lo llame *factum.*

Del *negotium symbioticum,* Althusius hace una nueva partición y dice que sus miembros son la *res* y la *persona* (25). Además, tiene tres "requisitos", que son: la voluntad del que hace *(voluntas facientis),* la facultad del que hace *(facultas facientis)* y la actuación misma del que hace *(actum facientis)*(26).

Detrás de esta pedante exposición, cuya inteligibilidad se hace difícil por el exceso de divisiones y subdivisiones, nosotros, empero podemos reconocer la tripartición fundamental de la *materia iuris* practicada por Bodin e inspirada en Connan, de *personae res factum (actum).* En efecto, las *personae* y las *res* aparecen como partes del *negotium symbioticum* y el *factum (actum)* como requisitos del mismo.

Pero tan importante como lo anterior, o más, es que Althusius trata todo este tema en el lib. I, que al menos en el índice de la edición aquí usada aparece rubricado: *Agit de generalibus,* esto es: "Trata acerca de lo general o en general". Esto es muy importante, porque así Althusius inaugura la "parte general" de los futuros tratados del iusnaturalismo tardío, la pandectística y los códigos inspirados en ésta, esto es la *allgemeiner Teil,* cuyo contenido constante será precisamente *personae res actus (Personen, Sachen, Handlun gen).*

---

(24) ALTHUSIUS, Johannes: *Dicaeologicae,* ed. cit., lib. 1, cap. 1, párr. 4, pág. 1.

(25) ALTHUSIUS, Johannes: *Dicaeologicae,* ed. cit., lib. 1, cap. 1. párr. 9, pág. 2.

(26) ALTHUSIUS, Johannes: *Dicaeologicae,* ed. cit, lib. 1, cap. 9. párr. 5, pág. 23.

En el sistema de Althusius, el contractus no ocupa, pues, un lugar central; está situado en una zona más alejada. Se llega al contrato mediante el siguiente procedimiento. El jus, el otro miembro de la dicaeologica, tiene dos especies: el dominium y la obligatio (27). Esta división sirve para el desarrollo de la división de la dicaelogica en las especies de la dicaeodotica y la dicaeocritica (28). La primera tiene, a su vez, dos especies: dicaeodotica adquirens y dicaeodotica amittens, cada cual referida al dominio y a la obligación (29). La dicaeodotica adquirens obligationem tiene lugar ex conventione (negotium conventionale o conventionis), que Althusius identifica con contractus (30); y ex delicto (31).

Esta no menos pedante fraseología derivada del exceso de distinciones, viene a significar lo siguiente: un ius (en sentido subjetivo) consiste bien en el dominium (entendido en sentido amplísimo, o sea como abarcador de todos los derechos reales), bien en la obligatio. Uno y otra o se adquieren o se extinguen. La adquisición de las obligaciones puede tener lugar en virtud de una convención, negocio convencional o contrato, o en virtud de un delito. Debe advertirse que Althusius considera que en los quasi contratos hay una convención tácita o presunta (*32);* del cuasidelito nada dice. De este modo, nuevamente estamos ante una operación reductora de la cuatripartición justinianea a la bipartición gayana de las Instituciones, pese a ignorarse haberla hecho Gayo.

4. Godofredo Guillermo Leibniz

En el fondo, la misma tricotomía connano-bodiniana de *personae res factum (actum)* encontramos en la *Nova methodus discendae docendae que iurisprudentiae* (1667) (33) de Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716).

(27) ALTHUSIUS, Johannes: Dicaeologicae, ed. cit., lib. I, cap. 18. párr. I, pág. 55.

(28) ALTHUSIUS, Johannes: Dicaeologicae, ed. cit., lib. I, cap. 35, párr. I, pág. 131.

(29) ALTHUSIUS, Johannes: Dicaeologicae, ed. cit., lib. I, cap. 35, párr. 3, pág. 131.

(30) ALTHUSIUS, Johannes: Dicaeologicae, ed. cit., lib. I, cap. 68, párr. 2 y 3, pág. 236.

(31) ALTHUSIUS, Johannes: Dicaeologicoe. ed. cit., lib. I, cap. 64. párr. 3, pág. 219.

(32) ALIHUSIUS, Johannes: *Dicaeologicae,* ed. cit., lib. 1. cap. 91. párr. 1 y 4. pág. 326.

(33) Ed.: LEIBNIZ, G. G.: *Sämtliche Schriften und Briefe. 6.* Reihe: *Philosophische Schrift en,* Berlin, Akademie-Verlag, 1971. vol. I.

Según este autor, los *iura* y las *obligationes* (para los que reserva el nombre común de *qualitas moralis,* así como hoy nosotros decimos "relación jurídica"), tienen la siguiente estructura: un *subiectum,* un *obiectum* y una *causa.* Sujetos de derechos y obligaciones son las personas *(personae)* y las cosas *(res).* Objetos son el cuerpo mismo de la persona titular del derecho o gravada con la obligación *(corpus subjecti),* una cosa *(res)* o la persona de un tercero *(persona tertii).* Causa es la fuente del derecho o de la obligación, y son tales la naturaleza *(natura)* y la acción (actio). Esta última se divide en posesión *(possessio),* delito *(injuria)* y convención *(conventio)* (34). Según Leibniz, a esta estructura de la cualidad moral debe ceñirse la exposición y el sistema del derecho objetivo.

Ahora bien, si nosotros desbrozamos ese sistema de algunos de sus elementos más extraños, productos del exceso de filosofismo del autor, cuales son la *res* como *subiectum,* el *corpus subiecti* y la *persona tertii* como *obiectum,* la *natura* como *causa* y la *possessio* como *actio,* el esquema queda reducido a esto: *subiectum (persona), obiectum (res), causa = actio (iniuria* y *conventio);* o sea, como habíamos adelantado, *persona res actio (actum-factum)* (35). Las actuaciones humanas relevantes para el derecho, pues, continúan ocupando un lugar central en el sistema.

5. Daniel Nettelbladt

Un momento relevante de transición entre el iusnaturalismo tardío y la pandectística estuvo representado por Daniel Nettelbladt (1719-1791) y su obra *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis* (1749) (36). Nuevamente sigue presente la tricotomía *persona res factum (actus),* como se observa con solo examinar el siguiente esquema de la parte de aquel libro que nos interesa.

Pars III: *Jurisprudentia naturalis generalis*

Lib. I: *Iurisprudentia naturalis generalis stricte sic dicta*

(34) Todo lo anterior en LEIBNIZ, G. G.: *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentia,* ed. cit., pars II, párr. 14-17. págs. 301-303.

(35) De paso, recalquemos que Leibniz ha inaugurado la moderna terminología de sujeto-objeto, al menos en función sistemática, porque en verdad ella ya se encuentra entre los neotomistas, aunque sin cumplir esa función.

(36) Ed.: NETTELBLADT, Daniel: Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis, Halae Magdeburgicae, 1768.

Sect. I: *De personis, factis et rebus*
Membr. I: *De personis*
Membr. II: *De factis*
Membr. III: *De rebus*

Sect. II: *De legibus et actibus iuridicis*
Membr. I: *De legibus et actibus iuridicis in se spectantis*
Tit. I: *De legibus in se spectantis*
Tit. II: *De actibus iuridicis in se spectantis*

Nettelbladt, pues, en una parte III, trata de la "jurisprudencia natural general", en lo cual cabe recalcar el carácter que denota este último adjetivo. Los elementos de esta jurisprudencia son las personas, los hechos y las cosas (sección 1 del libro I). De los hechos, el autor descuelga los actos jurídicos (37), tratados en la sección II miembro I, título II (párrafos 144 a 164), junto a las leyes. Debe tenerse presente, si embargo, que todavía en este autor la expresión *actus iuridicus* es general para designar los actos lícitos y los ilícitos. A los primeros impone el nombre técnico de *negotium iuridicum (Rechtsgeschäft*) (38).

Daniel Nettelbladt perteneció a la escuela de Cristian Wolff (1679-1754), el filósofo más reputado y autorizado de la primera mitad del s. XVIII

(37) NETTELBLADT, Daniel: *Sistema elementare universae iurisprudentiae natura-lis*, ed. cit., párr. 144. págs. 62 ss.: "Entre los hombres se dan tales hechos que se distinguen de los demás en que a lo menos conciernen a los derechos y obligaciones, sea que den lugar a un acto, sea que no. Resulta, pues, lícito llamar a estos hechos con el nombre general de actos jurídicos" (Dantur inter hominum facta talia, quae a reliquis se in eo distinguuntur, quod iura et obligationes mínimum concernant, sive actu producant, sive non. Liceat itaque haec facta generali nomine actus iuridicos appellare).

(38) NETTELBLADT, Daniel: Systema elementare, ed. cit., párr. 145, pág. 63: "Pero los actos jurídicos se dividen: 1. En obligatorios, si por un acto producen derechos y obligaciones, y no obligatorios, si no producen. Los actos obligatorios son ilícitos, si son contrarios a las leyes, o lícitos, cuando no son contrarios a las leyes. Mas los actos jurídicos lícitos suelen ser llamados negocios jurídicos (rechtliche Geschäfte)" (Dividuntur vero actus iuridici l. in obligatorios. sí iura et obligationes actu producunt, et non obligatorios, si non producunt. Obligatorii actus sunt vel illiciti, si legibus sunt contrarii, vel liciti, si legibus non sunt contrarii, Actus iuridici liciti vero negotia iuri-dica (rechtliche Geschäfte) appellari solent...).

en Alemania y en contra de quien Kant dirigió su crítica. Wolff escribió importantes obras de derecho, entre las que destaca la tan pedante como significativamente titulada *Institutiones juris naturae et gentium in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur (1750*)(39), esto es, "Instituciones del derecho de la naturaleza y de gentes en las cuales todas las obligaciones y todos los derechos son deducidos de la naturaleza humana misma con un nexo continuo". Con Wolf la construcción de sistemas de tipo axiomático llegó a su cenit, pero todavía se mantuvo en el nivel del derecho natural. Sus discípulos se encargaron de conducir sus doctrinas al plano del derecho positivo (romano), pero conservaron el espíritu del sistema, como acabamos de verificarlo en Nettelbladt.

6. El código prusiano

No es extraño, en consecuencia, que, redactado en el ambiente de la escuela de Wolf, el código prusiano de 1794 *(Allgemeines Landrecht für die königlich preussiscen Staaten),* recibiera el mismo espíritu. En su sistema, una doctrina general de los hechos y los actos ocupó el lugar principal que ya había adquirido mucho tiempo antes. Helo aquí, en lo que nos interesa:

Ernster Theil (Primera parte)

I. Titel: *Von personen und deren Rechten überhaupt* (De las personas y principalmente de sus derechos).

II. Titel: *Von Sachen und deren Rechten überhaupt* (De las cosas y principalmente de sus derechos).

III. Titel: *Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten* (De los actos y de los derechos que provienen de ellos).

IV. Titel: *Von Willenserklärungen* (De las declaraciones de voluntad).

V. Titel: *Von Vertragen* (De los contratos).

VI. Titel: *Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubte Handlungen enstehen* (De las obligaciones y derechos que se generan de los actos ilícitos).

Nuevamente, pues, nos encontramos con la tricotomía personas *(Personen),* cosas *(Sachen),* actos *(Handlun gen).* De estas últimas se

(39) Ed.: WOLFF, Christian: Institutiones juris naturae et gentium, Halae, 1750: reimp. en Gesammelte Werke, II. Abt., Band. 26. Hildesheim, Olms, 1969.

desprenden las declaraciones de voluntad *(Wilbenserklärungen)* y los contratos *(Vertragen).*

IV. LA PANDECTISTICA Y EL CODIGO ALEMAN DE 1900

La pandectística alemana fue un movimiento declaradamente antiiusnaturalista. Esto se entiende especialmente en relación con los fundamentos del derecho. Pero si nosotros atendemos al método de la construcción jurídica y a las relaciones entre derecho y sistema, la pandectística fue sin más heredera directa de la escuela racionalista aquí (40). Se entiende, así, que le fuera imposible prescindir de los resultados a que aquélla había llegado en materia de actos jurídicos, ni lo pretendió. Así se observa ya en el *Lehrbuch der Pandecten oder des heutigen römischen Rechts* (1814) del precursor de la escuela histórica y de la pandectística, Gustav Hugo (1764-1844):

Algemeiner Begriffe (Conceptos generales).

I.*Arten von Personen* (Clases de personas).
a) Physische Personen.
b) *Juristische Personen.*

II. *Arten von Sachen* (Clases de cosas).
a) Physische Sachen.
b) *Juristische Sachen.*

III. *Arten von Handlungen* (Clases de actos).
a) *Physische Handlun gen.*
b) *Juristische Handlun gen.*

El *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen* (1807) (41) de Arnold Heise, una suerte de sumario

(40) Sobre lo anterior, especialmente WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.* 2ª ed., Göttingen. Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967, pág. 367 Ss. Se suele hablar de un "criptoiusnaturalismo" de la pandectística: pág. *372,* n. 84. *Vid,* la traducción castellana de la lª ed., como *Historia del derecho privado de la edad moderna.* Madrid. Aguilar, 1957, págs. *341* ss.

(41) Ed.: HEISE, A.: *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten- Vorlesungen,* 2 ª ed., Heidelberg, 1819. Este traba-

o esquema del derecho civil (romano) usado por su autor como programa para sus lecciones, y que en adelante fue adoptado como sistema, por así decirlo, oficial de los tratados de la pandectística del s. XIX, incluía una *algemeiner Teil* fundada en la tricotomía *Personen, Sachen, Handlungen*, así:

Allgemeine Lehre (Teoría general).

Cap. IV: *Von den Personen.*
Cap. V: *Von den Sachen.*
Cap. VI: *Von den Handlungen.*
I.*Von den Handlungen im Allgemeinen.*
A. *Begriff und Hauptarten.*

B. *Von den Willensbestimmung.*
C. *Von den Willenserklärung.*
II. *Von den Rechtsgeschäften.*
III. *Von unerlaubten Handlungen.*

De ahí en adelante, pues, ella quedó incorporada definitivamente en el sistema pandectístico y, por esta razón, pasó al *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900, cuyo sistema, en lo pertinente, es así:

Lib. I: *Allgemeiner Teil* (Parte general).

Sec. 1ª *Personen.*
Sec. 2ª *Sachen.*
Sec. *3ª Rechtsgeschäfte.*
Tít. 1º *Geschäftsfähigkeit* (Capacidad).
Tít. 2º *Willenserklärung* (Declaración de voluntad).
Tít. *3º Vertrag* (Contrato).
Tít. *4º Bedingung. Zeitbestimmung* (Condición. Plazo).
Tít. 5º *Vertretung. Vollmacht* (Representación. Apoderamiento).
Tít. *6º Einwilligung. Genehmigung* (Consentimiento. Ratificación).

No es necesario abundar sobre la influencia que en el siglo XX ha tenido este sistema, merced al prestigio alcanzado por el código alemán.

---

jo no es propiamente un libro con contenido, sino una suerte de sumario, temario o programa sistemático, que su autor usaba para dar sus lecciones.

V. LA INFLUENCIA DEL SISTEMA IUSNATURALISTA-PANDECTISTICO EN EL BRASIL Y EN LA ARGENTINA

La ciencia jurídica alemana del s. XIX, o sea principalmente la pandectística, tuvo una importante influencia en las codificaciones del Brasil y de la Argentina. Ello también se observa en el punto que atañe a nuestro actual tema.

1. La codificación en el Brasil

a) El proyecto de código civil brasilero *(Esboço,* entre 1861 y 1 862), elaborado por Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) (42), se fundó, en efecto, en el sistema pandectistico, como puede apreciarse seguidamente:

Parte geral

Lib. I: *Dos elementos dos direitos.*
Seç. I: *Das pessoas.*
Seç. II: *Das coisas.*
Seç. III: *Dos fatos.*
Tit. I: *Dos fatos em geral.*
Tit. II: *Dos modos da existência dos fatos.*
Cap. I: *Dos fatos voluntários.*
Cap. II: *Dos atos juridicos.*
Cap. III: *Dos atos ilicitos.* Tit. III: *Do lugar da existência dos fatos.*
Tit. IV: *Do tempo da existência dos fatos.*

b) El *Código Civil* de 1916 siguió la misma línea, si bien simplificando los excesos en que había incurrido Teixeira, de este modo:

Parte geral

(42) *Vid.* mi trabajo: "Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas", en *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto Latinoamericano,* Padova, Cedam, 1988, págs. *255* ss. En este mismo último libro, que corresponde a las actas de un congreso internacional celebrado en Roma en 1983, se encontrarán numerosos trabajos sobre distintos aspectos del proyecto de Teixeira, sobre la figura de este jurista: MEIRA, Silvio: *Teixeira de Freitas, o jurisonsulto do império. Vida e obra,* 2ª ed., Brasilia. 1993.

Lib. I: *Das pessoas*
Lib. II: *Dos bens*
Lib. III: *Dos fatos juridicos* Tit. I: *Dos atos juridicos*
Tit. II: *Dos atos ilicitos*

2. La codificación en la Argentina

También el *Código Civil* de la Argentina (1869) (43), obra del gran jurista Dalmacio Vélez Sársfield (1800-1875) (44), se sumó a la misma tradición. La sugestión le fue dada a su autor por Teixeira de Freitas, como lo expresa en la nota a la rúbrica de la sec. 2ª del lib. 20: *"En esta sección se verán generalizados los más importantes principios del derecho cuya aplicación parecía limitada a determinados actos jurídicos. La jurisprudencia en mil casos deducía sus razones de lo dispuesto respecto de actos que, en verdad, no eran siempre semejantes... Todos los códigos publicados, con excepción del de Prusia, dice Freitas, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias...* etc.".

El código está compuesto de dos títulos preliminares y 4 libros, que son: el I: *De las personas,* el II: *De los derechos personales en las relaciones civiles;* el III: *De los derechos reales:* y el IV: *De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes* (en que se incluyen la sucesión, las preferencias en el concurso de acreedores y la prescripción).

La sec. 2ª del lib. II rubrica: "*De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones.* Se distribuye en los siguientes títulos: 1º *De los hechos* (con tres capítulos sobre la ignorancia y el error, el dolo y la fuerza); 2º *De los actos jurídicos* (con tres capítulos también sobre la simulación, el fraude y la forma de los actos); los capítulos 3º a 5º tratan de los documentos; el 6º *De la nulidad de los actos jurídicos;* el 7º *De la confirmación de los actos nulos o anulables;* el 8º *De los actos ilícitos;* y el 9º *De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delito.*

(43) Sobre este código se hallarán numerosos trabajos en el volumen *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano,* Padova, 1991, que contiene las actas de un congreso internacional celebrado en Roma en 1986.

(44) Sobre él: CHANETON, A.: *Historia de Vélez Sarsfield, Buenos* Aires, 1937: re-imp. Buenos Aires, 1969.

La sec. 3ª del lib. II habla *De las obligaciones que nacen de los contratos;* y su tít. 1º *De los contratos en general* (con seis capítulos sobre el consentimiento, la capacidad, el objeto, la forma, la prueba y los efectos del contrato).

Por haber renunciado a una parte general, Vélez se vio conducido a tratar de los hechos y actos en el libro sobre obligaciones, cuando es claro que no sólo efectos obligacionales pueden ellos producir, como se ve con la definición que proporciona el Art. 896:

"Los hechos de que se trata en esta parte del código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones". El Art. 897 clasifica los hechos humanos en voluntarios e involuntarios; el Art. 898 divide los voluntarios en lícitos e ilícitos. Los Artículos 900 a 912 contienen la teoría de la imputación y de la responsabilidad. A partir del Art. 913 se trata de la declaración de voluntad. Como adelantamos, los tres capítulos que siguen examinan los temas de la ignorancia y del error, el dolo y a fuerza. El tít. 20 habla *De los actos jurídicos,* que su Art. 944 define: *"Los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos"*. Los Artículos *945* a 947 lo clasifican en positivos y negativos, unilaterales y bilaterales, entre vivos y de última voluntad. Sólo en el Art. 1137 aparece la definición de contrato: *"Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos"*.

De esta manera, por su nomenclatura y la generalidad de sus disposiciones, aunque no tanto por su sistema, también el Código argentino debe ser sumado a la corriente de legislaciones que siguieron la tradición "del acto jurídico".

SUPUESTOS ANTROPOTEOLOGICOS EN LA TEORIA DE LA CONSTITUCION

Por Pablo Lucas Verdú (*)

1. PRELIMINAR

En principio, el título de este escrito puede sorprender. ¿En qué medida cabe una relación convincente y real entre los elementos antropológicos, teológicos y la Teoría de la Constitución?

Suponiendo que ello fuera cierto. ¿Significa que este trabajo es una apología de la Antropología y de la Teología cristianas y, entonces, el componente jurídico-político de la teoría constitucional se desvanecería al supeditarse a un orden de creencias no compartido por todos?

Las respuestas a estos interrogantes son claras:

a) Existe en la Teoría de la Constitución desde hace tiempo y ahora en particular a partir de la Segunda Guerra Mundial, una conexión evidente entre categorías de la Teoría del Estado y de la Constitución, dogmas de la Iglesia Católica y principios antropológicos inspirados por el cristianismo.

b) No trata este ensayo, insisto, de una apología de la fe cristiana y de sus misterios. Tampoco de una exposición que pretenda someter los postulados jurídico-políticos a la enseñanza evangélica. Mi propósito es apuntar la inspiración teológica, más bien teologiforme de postulados jurídico-constitucionales y teórico-estatales. Y lo mismo cabe añadir respecto a los elementos antropológicos influidos por la Teología.

(*) Miembro correspondiente en España.

Después de siglos de secularización del pensamiento y cultura occidentales, no puede extrañar la aparición de elementos y principios antropoteológicos en el derecho constitucional. En este orden de cosas recordemos la advertencia contraria al intrusismo de los teólogos en materias ajenas de Alberto GENTILE (1551-1606): *Sile le theologi in munere alieno!*

En nuestros días, ¿puede devolverse la imprecación gentiliana diciendo: *silete iurisconsulti in munere alieno.* Puesto que muchos de ellos se sirven de argumentaciones teológicas para desarrollar y mantener sus teorías; no es éste el caso. No lo es porque la Antropología política, la Teoría del Estado y la Teoría de la Constitución han surgido tras el proceso largo de secularización y han registrado el influjo de la Ilustración, las revoluciones liberales y socialistas.

Ahora bien, esos mismos movimientos, aunque secularizan el conjunto de ideas, ideologías y creencias del antiguo régimen, no logran impedir la aparición de preocupaciones antropoteológicas, en épocas posteriores, plasmadas en diversas obras que tocan a los saberes científico-políticos, teórico-estatales y teórico-constitucionales.

De este modo la sorpresa más arriba apuntada se convierte en admiración.

¿Cómo es posible que, postulados-creencias e ideologías se replanteen, desde hace años, en los albores del año dos mil tanto en la literatura específica como en los textos constitucionales?

Las grandes catástrofes que han ocurrido y siguen sucediendo en nuestro planeta, conmovieron y conmueven, a todas las personas de buena voluntad y entre ellos a los juristas —de cualquier condición y creencia— porque aquellas han afectado y afectan a millones de seres humanos.

Conviene advertir que la literatura concerniente a los temas antropológicos y teológicos revela un retorno a principios metajurídicos que ya no se consideran ajenos a la juridicidad pues un sector relevante de la doctrina manifiesta respeto de los principios escatológicos en obsequio a los creyentes y como correlación a una actitud de respeto de los no creyentes.

Por su parte, los textos constitucionales relativos a las Iglesias y en particular a la religión cristiana (Arts. 16, 1, 2, 3 de la Constitución Española [C.E.]) tras aclarar que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología,

religión o creencias, y que ninguna confesión tendrá carácter estatal, termina diciendo: "Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones".

Carl SCHMITT (1) describió las fases de la separación entre la argumentación teológica-moral y la jurídica con la agudeza que caracterizó a este conocido pensador y jurista. La preocupación por la naturaleza humana fue apartándose de fundamentaciones teológicas, axiológicas, etc., orientándose por la vía formalista tanto en el plano jurídico como en el socioeconómico.

Así, el fetiche del *homo economicus* típico del individualismo capitalista, dominó tanto en el ámbito económico (Adam SMITH) como en el jurídico. El positivismo legalista de la exégesis se aferrará a los textos vigentes. En este sentido es significativa la frase de BOUGNET, promotor del famoso Código de Napoleón, cuando advertía a sus alumnos: "Señores, no voy a explicarles derecho civil, sino el Código de Napoleón".

De este modo se inició la lenta, pero progresiva, desustancialización del estudio del Derecho y de la Constitución, cuya culminación, como es sabido, desembocó en la teoría pura del derecho y del Estado elaborada por el neokantiano KELSEN.

---

(1) SCHMITT, Carl: "Die Lage der europäischen Rechtswissenchaft (1943/1944) en *Verfassungslehre,* 2ª edición, Berlin. Duncker und Humbolt, 1973. pág. 420. SCHMITT en *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del Ius publicum Europaeum* (traducc. de Dora Schilling Ihon), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), 1979, en la pág. 126 señala". La transición de la edad media a la época moderna se caracteriza por una separación doble entre dos órdenes de pensamientos que en el medioevo eran indivisibles: la separación definitiva entre: a argumentación teológica-moral y eclesiástica y la argumentación jurídico estatal, *y* la separación igualmente importante entre la cuestión jurídico natural y moral de la *iusta causa* y la cuestión típicamente formal del *iustus hostis* que es distinguido del criminal...". Sigue SCHMITT, afirmando que estos dos puntos entrañan el paso decisivo del derecho de gentes medieval al derecho de gentes de la época moderna, de un sistema de pensamiento teológico eclesiástico a un sistema jurídico estatal.

En esta época de transición, Alberico GENTILE exclamó incisivamente: *¡Silete theologi in munere alieno!*, pág. 127.

Ahora bien, después de la Segunda Guerra Mundial con sus horrores bien conocidos (Auswicht; sin olvidar las fosas de Katyn), se produjo una significativa vuelta a postulados teológico-morales y, como consecuencia, una dignificación del hombre, particularmente en la Constitución de los Länder y en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, como veremos.

II. LA TEOLOGIA Y LA ANTROPOLOGIA ¿SON SABERES OLVIDADOS POR LA TEORIA DEL ESTADO Y LA TEORIA DE LA CONSTITUCION?

II.1. El retorno a postulados teológicos

La preocupación por la existencia de Dios y de la Providencia divinas es tan vieja como la humanidad tanto en los creyentes, como es obvio, como entre los agnósticos.

Esta preocupación se manifestó tanto en movimientos adversos a las creencias religiosas como en la gran mayoría de los anarquistas (así BAKUNIN) y en el pensamiento de MARX. No obstante, es curioso observar que éstos utilizan metáforas de origen cristiano y no raras referencias teológicas o antiteológicas con propósito revolucionario y estilo mordaz.

Así, el autor de *El Capital* empleó, con frecuencia, metáforas y comparaciones religiosas en diversos escritos ya sirviéndose de títulos de sus obras con propósitos corrosivos (2) no sólo contra la religión, sino también frente a autores contemporáneos que a su juicio, tergiversaban, o contradecían el socialismo científico.

---

(2) DUSELL. Enrique: *Las metáforas teológicas de Marx,* Estella (Navarra). Editorial Verbo Divino, *1993,* pág. 29, nos dice que "Marx entró en Treveris en el gimnasio católico de nombre Spee, en recuerdo de un conocido progresista y crítico político jesuita alemán cuya tumba se veneraba en el colegio". Recibió clases de profesores de religión especialmente de Johann Abraham Küpper "que es el que tuvo probablemente más influencia sobre Marx". Küpper proponía una teología moral cristocéntrica y trinitaria, temas que Marx retendrá profundamente. DÜSELL continúa exponiendo datos interesantes extraídos de los primeros trabajos del joven MARX que corroboran las "metáforas" religiosas: págs. *133* y ss.

Más adelante examinaremos, cómo otro hebreo —dicho sin intención peyorativa—, Hans KELSEN, agnóstico y relativista comparará varias afirmaciones en la Teoría del Estado con dogmas y misterios judeocristianos.

No hay que extrañarse porque bastantes pensadores y juristas alemanes estudiaron con interés materias teológicas entre ellos el mismo MARX (3).

Los saberes teológicos atrajeron a los precursores de Marx y los utilizaron no sólo como comparación y/o metáforas, sino también como argumentación para criticar al cristianismo. Así como es sabido por Ludwig Feuerbach. De este modo, aunque parezca paradójico, el ateísmo, el agnosticismo y el escepticismo brotaron del análisis critico y adverso de los dogmas cristianos y no menos paradójico parece que la reciente elaboración teológica, tanto católica como protestante, estudian e interpretan las tesis marxistas que ahora se advierten en la llamada Teología de la liberación.

La dialéctica cristianismo-marxismo supuso una contraposición irreductibles pero ahora, si no yerro, los teólogos católicos, protestantes y los marxistas, mediante conversaciones, coloquios, conferencias y escritos se han esforzado en señalar puntos de encuentro e interpretaciones más o menos convergentes.

No me atrevo a aventurar hipótesis, y menos conclusiones sobre este interesante evento por ser lego en cuestiones de altos vuelos teológicos: es decir, no deseo que por parte de los especialistas se me acuse versar *in munere alieno* incitándome, cortésmente, al silencio. Lo que me interesa es describir el impacto teológico en los movimientos político-sociales que influyen en la Teoría de la Constitución y antes en la Teoría del Estado. Esto me parece, sin sucumbir a la vanidad, que puede interesar a los teólogos pues estoy seguro de que poseen conocimientos jurídicos. Aprovecho, de paso, para indicar que salvo algunas excepciones los constitucionalistas, muchos de ellos creyentes, no se han preocupado de esta cuestión. ¿Por qué? Por la sencilla razón que el método jurídico que utilizan les conduce a tratarla como materia extranormativa o metanormativa aunque, a mi juicio, no es meta ni extrajurídica.

Recordemos el Artículo 103.1 de la C.E. que obliga a la Administración Pública, entre otras cosas, al sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

---

(3) Cfr. DUSELL. ob. cit.

En definitiva, creo que, en nuestros días, la crítica a la Teología está cediendo el paso a la Teología crítica, tanto católica como protestante y esto explica el auge de la Teología de la liberación, que según FÜSSEL (4), es una liberación de la Teología de la prisión de la ideología burguesa. Conviene precisar; aunque determinados estudios teológicos estén teñidos y/o condicionados por motivaciones burguesas, hay que precaverse respecto al peligro de que la Teología de la liberación quede aprisionada por la ideología marxista. Por otro lado, existe otro riesgo a salvar que los saberes teológicos queden apresados por fundamentaciones irracionales.

Hay, además, un sector de la Teología, la Soteriología, que concierne a la salvación y a la redención. Estas han influido en movimientos políticos como el anarquismo y el marxismo. Su conexión con la Antropología es evidente. Ahora bien, mientras la salvación y redención son dogmas cristianos que los creyentes mantienen con referencia a la vida sobrenatural, las mismas se secularizan en el pensamiento anarquista y marxista. Puesto que el hombre es bueno por naturaleza y puesto que se niega la existencia de Dios y los dogmas religiosos, la salvación y la redención se producen *hic et nunc*, cuando es abolido inmediatamente el Estado y toda heteronomía que tras la insurrección libertaria sustituye a aquel por la sociedad libertaria. Para el marxismo, cuando éste haya acabado en las reminiscencias capitalistas, se llega a la sociedad sin clases "de modo que de la sustitución de la sociedad burguesa en sus clases y antagonismos de clase, surgirá una conciencia en el que el libre desenvolvimiento de cada uno será la condición del libre desenvolvimiento de todos" (C. MARX y F. ENGELS: *Manifiesto comunista).* Tras la revolución comunista, "las clases dominantes pueden temblar". Los proletarios no tienen nada que perder en ella más que sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo que ganar" *(Ibidem).*

En definitiva, el proletariado cumple su función histórica como salvador y redentor del género humano. La soteriología y la redención humanas se convierten en magnitudes temporales; se secularizan.

(4) FÜSELL, Kuno: "Teología de la liberación" en *Diccionario de conceptos teológicos.* Dirigida por Peter EICHER, Barcelona, Editorial Herder, Vol. II, pág. *503.*

II.2. La vuelta a la Antropología jurídica y política

Advierte SCHNÄDELBACH (5) que la pregunta "¿Qué es el hombre?", ha sido el núcleo de la filosofía desde sus orígenes, de forma que en sentido estricto la expresión "Antropología filosófica" es un pleonasmo, incluso KANT afirmaba que la metafísica, la moral, y la religión básicamente "se podían considerar partes de la Antropología, puesto que en definitiva las preguntas estelares "¿Qué podemos saber? ¿Qué podemos hacer? y ¿Qué podemos esperar?", se refieren a la cuestión "¿Qué es el hombre?" (KANT, *Logik.* A.26; HEIDEGGER coincide por completo con la tesis kantiana que SCHELER reivindica, *vid* HEIDEGGER, KANT, págs. 188 y ss.), con ello KANT se coloca entre los primeros partidarios de reducir la filosofía a Antropología".

Excede a mis posibilidades un discurso sobre la naturaleza de la Antropología cultural. En esta última especialidad la contribución de nuestro colega, el profesor LISON TOLOSANA, ha escrito con acierto y extensión estudios indispensables a los que remito. Sólo haré una breve consideración sobre Antropología jurídico-política que cuadra con mi propósito: los supuestos antropológicos de la teoría del Estado y de la teoría de la Constitución (6).

a) Antropología jurídica

Uno de los mejores libros que he leído sobre Antropología jurídica se debe al Profesor J. M. BROEKMAN de la Universidad de Lovaina (Bélgica)(7). Según éste la representación del hombre funciona de modo encubierto, en el derecho.

Por lo tanto, la Antropología es en otras palabras un discurso escondido dentro del discurso jurídico (8). Por otro lado, "el conocimiento sobre el hombre en el derecho aporta una visión general del derecho en su totalidad. Se

---

(5) SCHNÄDELBACH, Herbert: *Filosofía en Alemania 1831-1933*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1991, pág. 264.

(6) *Cfr.* LUCAS VERDU, Pablo: *Principios de Ciencia Política*, Madrid, Ed. Tecnos, Volumen 1. V. Hombre y política. El Elemento humano en política, págs. 131 y ss. Hay ediciones posteriores.

(7) BROËKMAN: *Derecho y Antropología* (traducc. de Pilar Burgos Checa), Ed. Civitas. *1933.*

(8) BROEKMAN, ob. cit., pág. 16.

trata de la estructura más general del conjunto de los actos del hombre, del lenguaje jurídico, del discurso jurídico" (9).

BROEKMAN se plantea si el derecho opera como instrumento de decisión y control sobre el hombre concreto que vive en la cotidianeidad o, más bien, versa sobre un ser humano que sirve para garantizar la perennidad del derecho como sistema coercitivo (10). En realidad, es decir en la realidad de la dogmática jurídica y de su correspondiente discurso, el ser humano aparece "juridizado", cuando el derecho habla del "hombre" y de "su" hombre, habla únicamente de este hombre "juridizado" (11). En este punto me interesa recalar que KELSEN (12), en 1925, diluyó la naturaleza y el concepto del hombre en el derecho conforme a su doctrina pura del derecho.

Recordemos algunas frases del eximio jurista: "El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona". "Si bien el hombre es persona, no por eso la persona es el hombre. La inversión de la primera proposición significa un trastorno completo de la orientación cognoscitiva" y, por último, "si el hombre ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el derecho. Pero de lo que el orden jurídico se apropia, no es de todo el hombre, ni del hombre en cuanto tal, es decir la unidad específica de la biología y la psicología en todas sus funciones sino sólo de algunas acciones humanas particulares".

Estas consideraciones del maestro motivan, a mi juicio, que no mantiene una técnica específica y satisfactoria sobre los derechos humanos en la medida en que éstos son anegados en el complejo de normas jurídicas concebidas como juicios lógico-jurídicos vacíos de contenido.

Ya en sus *Hauptprobleme* (13), siguiendo el proceso de desustancialización del derecho, reduciéndolo a formas lógicas, en éste como magni-

---

(9) BROEKMAN, ob. cit., pág. 17.

(10) BROEKMAN, ob. cit., pág. 36.

(11) BROEKMAN, ob. cit., pág. 37.

(12) KELSEN. Hans: *Teoría general del Estado* (traducc. Luis Legaz Lacambra), Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Ed. Labor, 1934. págs. 82-83.

(13) KEILSEN, Hans: Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base a la doctrina de la proposición jurídica) (traducc. de la 2ª edición alemana por Wenceslao Roca. Notas, revisión y presentación por Ulises Schmill). México, Editorial Porrúa, 1987.

tudes normativas (14), examinó el concepto de derecho subjetivo rechazando la concepción" según la cual el derecho y el deber tienen una existencia interdependiente del orden jurídico, que las normas jurídicas se limitan a proteger o garantizar" (15) (destacado P.L.V.).

Advertimos que KELSEN olvida el reconocimiento de tales derechos por exigencias de su método. Sólo dice proteger, o garantizar, pero tal protección y garantía son, a mi juicio, insuficientes si no se recoge la sustantividad y substancialidad de esos derechos que son humanos, son del hombre y para el hombre.

A mayor abundamiento KELSEN (16), después de señalar el origen histórico-psicológico de la terminología del derecho natural como crítica de enfrentamiento con el Estado absoluto de policía del antiguo régimen, esgrimió el postulado político emancipador de las injerencias de aquel Estado. Es decir la afirmación de que el hombre es libre por naturaleza. Continúa (17) diciendo que el concepto de derecho natural es de por sí un concepto subjetivo y se halla por naturaleza en una contraposición (destacado por H.K.) consciente y deliberada en lo que en la moderna teoría jurídica puede considerarse única y exclusivamente como "derecho" en sentido objetivo, que es el derecho positivo (destacado por H.K.). "Este concepto del derecho de los iusnaturalistas, cuyo carácter fundamental es el de un concepto político-material directamente contrapuesto al jurídico formal, perdura todavía hoy, en esencia, en el concepto de derecho subjetivo de la teoría moderna" —y prosigue el autor— "todas las construcciones del derecho subjetivo que se han esforzado en levantar la moderna teoría jurídica revelan, indeleblemente, el rasgo sustancial específico del derecho natural. Captan exclusiva o parcialmente el elemento sustancial de aquel fenómeno en el que solamente la forma puede ser considerada, en rigor, como derecho" (18) (destacado por H.K.).

---

(14) LUCAS VERDU; Pablo: "Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política (III)" "Normativización de la Constitución y desustancialización de la misma", págs. 21 y ss. en *Revista de Estudios Políticos* (REP), Nº *83*, enero-mayo, 1994, págs. 9 y ss.

(15) KELSEN, ob. cit., pág. 493.

(16) KELSEN, ob. cit., pág. 494.

(17) KELSEN, ob. cit., pág. 495;

(18) KELSEN, ob. cit., *ibidem.*

Por último, es curioso que se refiera al cristianismo para rechazar el dogma "según el cual es el hombre individual el fin último, único y exclusivo del orden jurídico; es absolutamente impugnable y debe ser resueltamente rechazado desde un punto de vista ético que trasciende por encima de la estrecha esfera de la humanidad, trazada especialmente por el cristianismo para abarcar todo lo que vive e incluir por tanto especialmente los animales (que es lo que ocurre por ejemplo en la ideología de los hindúes). Las corrientes éticas que se han desarrollado en los últimos tiempos, tales como los movimientos protectores de los animales y, en parte, incluso el vegetarianismo, difícilmente podrán acceder al reconocimiento de que la misión del orden jurídico se reduzca a proteger al individuo humano" (19).

En definitiva, en esta obra del joven KELSEN, publicada en 1911, reduce el derecho subjetivo a la normatividad jurídica. Critica las posiciones de WINDSCHEID (Teoría de la voluntad); de IHERINC (Teoría del interés); de THON (Teoría de la protección jurídica) y de JELLINEK (Teoría mixta), así como la de su maestro BERNARDZIK. En definitiva, los juristas importantes de finales del siglo pasado y principios del presente. Sus *Hauptprobleme* es una obra en la cual se perciben, iniciadas, las tesis fundamentales que desarrollará en escritos posteriores como su *Allgemeine Statslehre* (1925) y *Reinen Rechtslehre (1934* y ediciones posteriores).

Para él "tener derecho a algo no significa otra cosa que hallarse con respecto a la norma jurídica que sustituye un deber para alguien en una especial relación en virtud de la cual se pone a disposición del titular del derecho la norma jurídica de que se trate" (20). A mayor abundamiento, nos dice que "el derecho subjetivo es la norma jurídica considerada en relación con aquella persona de cuya protección o exigencia se hace depender la voluntad del Estado de comportarse del modo que dicha norma proclama. Lo único que al jurista importa es el cómo y no la sustancia, sino la forma" (21). "El derecho es forma y no contenido, la protección y no lo protegido" (22).

La desustancialización de los derechos humanos, operada por KELSEN, se advierte también, tal vez más rotundamente, en relación con los derechos socioeconómicos incorporados en las Constituciones europeas después de la Primera Guerra Mundial.

(19) KALSEN, ob. cit., pág. *506.*
(20) KELSEN, ob. cit., pág. 516.
(21) KELSEN, ob. cit., pág. *359.*
(22) KELSEN, *ibídem.*

Si los derechos públicos subjetivos de la tradición liberal en principio no suelen plantear serios problemas para su teorización, según las tesis kelsenianas. Si las llamadas libertades de *(freedom from)* no exigen apenas desembolsos por parte del Estado, las libertades para *(freedom for)* requieren cuantiosas y continuadas sumas de dinero, las primeras corresponden al llamado Estado liberal-burgués de Derecho y las segundas responden a los derechos socioeconómicos de la parte segunda de la Constitución de Weimar 1919, atañen al llamado Estado Social de Derecho.

Si las primeras atañen principalmente a la forma, las segundas versan principalmente sobre el contenido y/o sustancia, sobre el qué y no sobre el cómo. Aun más, es menester armonizar el alcance de los derechos y libertades garantistas con el de derechos y prestaciones sociales.

Es significativo que KELSEN, artífice de la Constitución austríaca de 1920, coincidió con el social cristiano Mayr, en que la nueva república recibiera, sin modificaciones, la vieja Ley fundamental sobre los derechos generales de los ciudadanos de 1867, de la monarquía. Por esta razón escribe METALL(23). "El proyecto de derechos fundamentales y de libertades elaborados por KELSEN como parte de la nueva Constitución, quedó fuera de consideración KELSEN de ninguna manera lamentó esto, ya que la vieja Ley fundamental no era de ningún modo un mal producto del liberalismo político del siglo XIX, cuya influencia aún tenía efecto sobre él".

En la Constitución austríaca de 1920 no aparecen los derechos socioeconómicos, a pesar del ejemplo de la Constitución Weimariana de un año antes. Es sabido que tales derechos de prestaciones por parte del Estado han sido y continúan siendo la *crux iuris,* tanto de la doctrina como de la jurisprudencia respecto a su efectividad.

En efecto, pese a las simpatías de KELSEN por la social-democracia, sin connotaciones marxistas, no se ocupó de esta cuestión.

En definitiva, aunque nuestro autor fue excelente conocedor de las materias de Antropología cultural y del psicoanálisis, en trabajos independientes de su obra jurídica, se encuentran referencias aisladas en los que corresponden a lo que llamamos el otro Kelsen.

---

(23) METALL, Rudolf Aladar: *Hans Kelsen, Vida y Obra.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1976. págs. 4243.

De todos modos su *imago hominis* cuadra con el *homo iuridicus,* con un sujeto desustancializado, desencializado, concebido como punto de referencia y de aplicación de las normas jurídicas configurado según la pureza metódica. En definitiva como un *homo iuridicus normativizado* (24).

b) Antropología política

Sobre este asunto, cabe un largo discurso que intentaremos resumir.

En primer lugar, parece necesario ofrecer una definición de esta disciplina. De modo muy sucinto diremos que la Antropología política es *la ciencia que estudia al hombre como animal político.* De manera más amplia y descriptiva, la *Antropología política es una disciplina que estudia al hombre como animal político, es decir, en cuanto ser que vive en estructuras sociales: polis, civitas, reinos medievales, Estados, Comunidad Internacional, formaciones en las que desarrolla y desarrolla su personalidad y conducta.*

Desde otra perspectiva importante y complementaria la *Antropología política analiza los caracteres y tipología del animal político así como su actividad en grupos intermedios entre el Estado y la Sociedad (grupos políticos: partidos, clubes políticos, grupos de presión que también operan en la Comunidad internacional).*

No voy a detenerme en la explicación detallada de estas definiciones. Lo que me interesa es precisar lo relevante de estas cuestiones. Naturaleza del hombre como animal político *(zoon políticon);* estructura política; papel desempeñado por el hombre político y tendencias que explican al animal político.

En cuanto a la naturaleza política del hombre, cabe un largo discurso, planteado desde la definición del hombre como animal político, sostenida por ARISTOTELES, que llega tras diversas vicisitudes a nuestros días.

Para su cumplido estudio será menester un análisis preciso filológico, histórico, ideológico, sociológico, filosófico y aun teológico (Estudios de las Iglesias).

---

(24) LUCAS VERDÜ, Pablo: "El orden normativista puro (supuestos culturales y politicos en la obra de Hans Kelsen)" en *REP,* Nº 68. Madrid, CEC, 1990.

Por supuesto no hay que olvidar la aportación de la Antropología cultural en tanto que la aclaración, concepción y explicación de la politicidad humana supone el conocimiento del medio cultural en el cual se desarrolla esa cualidad esencial de la estirpe humana.

La politicidad del hombre se corrobora mediante las estructuras en las que, y a través de las cuales, se desarrolla (formas políticas en su devenir, historia de las ideas y de las demás formas políticas), mediante, la intercomunicación de los hombres por el lenguaje en sus funciones simbólicas, representativas y sociales; a través del análisis psicosocial de su naturaleza política.

No sólo esto, la Teoría del Estado se fijó y se refiere ahora con más intensidad a la Antropología política. En efecto, ya más cercano a nuestros días, Jorge JELLINEK (25) se planteó el papel del Adán bíblico en las teorías políticas de la Edad Media y en los tiempos modernos, así como en señalar las huellas de esta figura en la estructura del Estado.

Según el famoso maestro de Heidelberg, la conexión de Adán y la teoría del Estado parece natural al examinar la aparición del Estado condicionado, esencialmente, por la concepción del hombre y el origen del género humano(26). En el mismo sentido conviene señalar que la Teoría del Estado, contemplada teológicamente, se ocupa de la figura adámica, así como de los partidos de inspiración eclesiástica. Después aunque los presupuestos teológicos se independizan de la moderna Teoría del Estado, la imagen de Adán persistió a menudo sin percatarse (27).

Antes el profesor Johann Caspar BLUNTSCHLI (1808-1881) dedicó el Capítulo II (libro II) de su conocida obra en España al estudio de la Humanidad, las razas humanas y las familias de pueblos (28).

---

(25) JELLINEK, Georg en su escrito “Adam in der Saatslehre” en *Ausgewälhte Schriften und Reden,* Vol. II. Verlag von O. Häring, 1911. págs. 23 y ss.

(26) JELLINEK, ob. cit., págs. 23-24.

(27) JELLINEK, ob. cit., pág. 24.

(28) BLUNTSCHLI: *Théorie générale de l’Etat* (traducc. M. Armand de Riedmatten). Paris, Librarie Guillamin et Cie., 1877, págs. 65 y ss. El mencionado capitulo lleva como epígrafe general “Condiciones fundamentales del Estado en la naturaleza del hombre y la Nación”.

Entre los autores de inspiración cristiana, hay que mencionar, entre otros, a KIPP (29). En el prólogo de su obra afirma que el hombre, el derecho y el Estado son fundamentos de la formación estatal que es menester tener bien presentes (30). La esencia del Estado depende de los hombres, de sus obras. El funcionamiento estatal parte en su totalidad de los hombres y se relaciona con ellos (31). Los hombres legislan, gobiernan, declaran la guerra o la paz. ¡Los hombres dominan a los hombres! (32). La imagen humana es capital para entender el Estado (33).

Por su parte, KUHN (34) hace unas interesantes consideraciones sobre el hombre como *zoon politikon o animal politicus* que, no obstante, supera al Estado "sólo en su insuficiencia presta el Estado un servicio al garantizar algo más valioso que él mismo".

Además este autor examina cuidadosamente las afirmaciones de ARISTOTELES *(Política,* Libro III, Capítulo 1) sobre el significado del *Zoon politikon* en nuestro tiempo, a los que remito (35).

Otra consideración del hombre en relación con el Estado, se debe a mi amigo Félix de ERMACORA (36). Teórico del Estado constitucionalista y Ex-rector de la Universidad de Viena, ERMACORA dedica un sustancioso capítulo, de su importante Teoría general del Estado, al hombre en el Estado. Ante todo, en cuanto delimitación de esta problemática se plantea al hombre como objeto de conocimiento de las ciencias sociales y de las ciencias jurídicas. Se ha convertido en presupuesto de la ciencia jurídica, aunque no, estrictamente, como una investigación crítica de un objeto jurídico y estatal.

Así, pues, desde un punto de vista crítico se plantea si el hombre se sitúa en el ámbito empírico y no dentro de las categorías trascendentales del

(29) KIPP, Heinrich: *Staatslehre, Mensch, Recht und Staat,* Baldvin Pick Verlag Köln, 1949.

(30) Kipp, ob. cit., pág. *5.*

(31) Kipp, ob. cit., pág. 17.

(32) Kipp, ob. cit., pág. 18.

(33) Kipp, ob. cit., pág. 19.

(34) KUHN, Helmunt: *El Estado una exposición filosófica* (traducc. José Gil Cremades), Madrid, Rialp, 1979, pág. *51.*

(35) KUHN, ob. cit., págs. 121 y ss.

(36) ERMACORA, Félix: *Algemeine Saatslehre. Von zum Weltstaat,* Berlin. Duncker und Humbolt, 1970, Vol. 1, págs. 216 y ss.

pensar. En el primer caso son FREUD y MARCUSE, el psicologismo y el empirismo, los que tienen la palabra.

En cambio ERMACORA (37) estima que la filosofía existencialista, en cuanto ontología científica, sirve de base científica acertada para entender al hombre como totalidad en sus obras, cualidades y funciones, en sus relaciones con el ambiente, en la reflexión sobre el Estado. Si se reconocen al hombre y al Estado como elementos primarios, entonces no hay obstáculo conceptual para atribuir, lógica y justamente, la "esencia del Estado" al hombre.

Como consecuencia de todo esto sostiene, acertadamente, que la doctrina de la persona jurídica del liberalismo, reduce al hombre a su obrar relevante según es asumido por el derecho positivo o la esfera del derecho positivo establecido de modo heterónomo. Así, tal hombre es persona jurídica.

Para el profesor austríaco, la filosofía existencialista, al hablar de persona, comprende al hombre en su plenitud. Así pues, para el existencialismo no procede el derecho positivo, sino el "Derecho" (38).

Antes nos referíamos a la posición kelseniana reductora de las dimensiones humanas al juego de la normatividad desprovista de contenidos extra o metajurídicos, según su teoría de la pureza metódica, de modo que no insistiremos celebrando mi coincidencia con ERMACORA.

El profesor suizo FLEINER-GERSTER (39) dedica el Capítulo segundo del Título primero de su obra, a la imagen del hombre y del Estado como punto de partida de la Teoría del Estado.

Este autor considera al Estado como una comunidad humana. Los hombres son necesarios para la formación de las comunidades donde se desarrollan. Son afirmaciones sencillas que confirman una referencia a los autores clásicos del pensamiento político y de la Teología.

---

(37) ERMACORA, ob. cit., pág. 217.

(38) ERMACORA, ob. cit., pág. 218.

(39) FLEINER-GERSTER, Thomas: *Algemeine Staatslehre. Unter Mitarbeit un Meter Hänni,* Berlín, Springer-Verlag. New York, Heilderbeg, 1980. págs. 31 y ss.

(40) ARNIN, Hans Herbert von: *Staatslehre der Bunder republik.* München, Verlag Franz Vahlen, 1984.

A estas reflexiones sobre la interrelación hombre-Estado, hay que añadir las que hacen ARNIM (40) profesor de SPEYER y Görg HAVERKATE (41) de Heidelberg. Más adelante recogeremos sus ideas (42).

II.3. Tendencias antropológicas típicas inspiradoras de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución

Acabamos de apuntar el influjo antropológico en la literatura de la Teoría del Estado y su reflejo en diversos autores que llegan a nuestros días. Interesa ahora señalar la presencia importante de la Antropología política, según corrientes fundadas en diversas concepciones de la naturaleza humana. Nos encontramos así ante tipos antropológicos diferentes.

En un sugestivo libro Eduard SPRANGER (43) describe muy bien la psicología de *homo politicus.* Remitimos a su análisis si bien lo que nos interesa aquí es la tipología de las tendencias filosóficas y teológicas que han influido en cada una de esas tendencias que ahora examinaremos.

En principio me parece que esas tendencias antropológicas son cinco: el optimismo antropológico radical, el optimismo antropológico templado, el pesimismo antropológico radical, pesimismo antropológico templado y la doctrina del hombre falleciente.

Considero conveniente advertir que esta clasificación es cómoda pero no definitiva. ¿Por qué? Es cómoda porque su planteamiento inmediato parece convencer; aparenta alcance didáctico. Ahora bien, no es definitiva ya que la realidad humana y las finalidades a que tiende son difíciles de encapsular en tales rótulos. Algunos caracteres que comprende no son totalmente convincentes y otros no se contienen.

No obstante, los estudiosos ayúdanse con clasificaciones para aclarar su pensamiento. Clasificar es una tarea científica estimable. Por eso, seguida-

(41) HAVERKATE, Görg: *Verfassungs als Gegenheitigkeitsordnung,* Munchen. Verlag C. H. Berk, 1992.

(42) En la literatura de la lengua española conviene mencionar la obra de Arturo Enrique SAMPAY, *Introducción a la teoría del Estado,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.

(43) SPRANGER, Eduard: *Formas de vida, Psicología* y *ética de la personalidad* (traducc. de Ramón de la Serna), Madrid, Revista de Occidente, *1935,* págs. 229 y ss.

mente a dos de esas corrientes, añadiremos la calificación de templado: optimismo templado y pesimismo templado.

Así, intentaremos que no se escapen algunas posiciones dentro de esas tendencias, ideas y autores que no asumen tajantemente la corriente que las enmarca. Las diversas corrientes de Antropología política que se matizan por personalidades señeras que captan el dinamismo tendencial político, sea hacia adelante o retrocediendo.

Por ejemplo, los escritos de MAQUIAVELO abonan para sostener que sus observaciones se encuadran en el pesimismo antropológico y, sin embargo, se matiza que su postura es más bien realista, realismo antropológico.

La posición de MARX, por un lado, revela una radical condena del *homo oeconornicus,* y, por otra, un optimismo antropológico en la medida en que la liberación del hombre de sus cadenas conduce al paraíso terrenal de la sociedad sin clases. Así en su obra se advierte un utopismo antropológico y aun más una soteriología generalizada del género humano.

No es menester insistir en los influjos filosóficos y teológicos latentes en cada una de estas posiciones como veremos.

o) El optimismo antropológico

Tesis fundamental que mantiene la bondad natural del hombre.

Esta idea tiene sus raíces en el pensamiento teológico del monje irlandés PELAGIO. A comienzos del siglo V negó la transmisión del pecado original y las posibilidades innatas de la naturaleza humana (44). Una vez más se corroboraba la afirmación de Carl SCHMITT de que todos los conceptos capitales de la moderna Teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados(45).

(44) Cfr. BOUYER, L.: *Diccionario de teología* (traducc. de Francisco Martínez), Barcelona, Ed. Herder, 1990, pág. 528.

(45) Cfr. BENEYTO, José Ma.: Politische Theologie als Politische Theorie Eine Untersuchung zur Rechts und Staatstheorie Carl Schmitts und ihrer Wirkungsgeschichte in Spanien, Berlín, Duncker und Humblot, 1983. Sobre la antropología de SCHMITT. Cfr. GOMEZ ORFANEL, Germán: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl SCHMITT,* Madrid, CEC, 1986. págs. *103* y ss.

Como es sabido, la teoría de la bondad natural del hombre arranca de las consideraciones antropológicas realizadas por los misioneros españoles al observar la conducta, instituciones y costumbres de los indígenas americanos.

En otra ocasión me he referido al escrito del Padre Juan Manuel PERAMAS, S.J. (1732-1793), autor, entre otros escritos, de *De adminisiratione quaranica ad republicam platonis comparata (*46). En este escrito, de Peramás, se entrecruzan rasgos utópicos, descripciones reales, críticas de los *philosophes* del siglo XVIII, propósitos evangelizadores, comparaciones con el modelo platónico, disertaciones retóricas típicas de la formación intelectual de los jesuitas de su tiempo. Como en otras misiones de la época el padre ACOSTA y otros misioneros españoles (47), y en los franceses LAFITAU y CHARLEVOIX (que predicaron a los iroqueses del Canadá) encontramos latente, en sus escritos, la idea del buen salvaje americano típicamente característico de su tiempo.

Como es sabido, esta tesis de la bondad de los indígenas americanos influirá en J.J. ROUSSEAU. Parece que la recogió a través de las opiniones de otros autores que leyó o conoció indirectamente (48).

La tesis del optimismo antropológico es sostenida por el anarquismo tanto por los anarquistas pacifistas como por los violentos y hasta éstos admiten que la violencia es el instrumento drástico para liberar al género humano de las heteronomías (Estado, religión, explotación y coerción) para restituir al hombre su autonomía. Ya escribimos que el anarquismo mantiene la

(46) LUCAS VERDU, Pablo: "La utopía americana en el pensamiento del Padre Jose Manuel Peramás, S.J. *(1732-1793)"* en *Ignacio de Loyola, Magister Artium en Paris (1528-1563).* Libro Homenaje de la Universidad del País Vasco y de la Sorbonna a Ignacio de Loyola en el V centenario de su nacimiento. Dirigido por Julio Caro Baroja y compilado por Antonio Beristain, San Sebastián, Donostia, 1991, págs. 450 y ss.

(47) Esta obra fue traducida por el mexicano Agustín Pomposo FERNANDEZ en 1822 y ya en nuestro tiempo por Juan CORTES DEL PINO con prólogo y notas de Guillermo FURLONG S. J., titulada *La República de Platón y los guaraníes*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1946.

(48) Sobre el influjo de la Biblia en el Discurso segundo de ROUSSEAU y la bondad natural del hombre. Cfr. Francisco Javier CABALLERO HARRIET: *Naturaleza* y *Derecho en Jean Jacques ROUSSEAU*, Bilbao, Editorial del País Vasco, s. f., págs. 56 y ss. y págs. 165 y ss. "Un derecho natural asentado en la bondad".

idea de la salvación, de una soteriología secularizada alcanzable mediante la insurrección libertaria que, acabe inmediatamente con todas las heteronomías y coerciones.

Además, el anarquismo concibe y aplica también la idea de la esperanza. Esta impulsa a los hombres a luchar por la sociedad, la libre contratación, el federalismo entre los pueblos.

Así como también es conocido que P.J. PROUDMON fue precursor de la Unión Europea para establecer la paz y el progreso entre sus naciones.

El optimismo antropológico es patente también en el campo de la economía política con Adam SMITH (1723-1790), autor del famoso libro *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las Naciones* (1776) y *Teoría de los sentimientos morales* (1759), donde desarrolló su sistema de la moral de la simpatía. Hay cierto paralelismo, como advirtió GONNARD (49), entre estas dos obras. Fueron interpretadas como dos demostraciones de la armonía, en el mundo moral mediante la simpatía y en el económico por el interés.

Optimismo, naturalismo, liberalismo, individualismo, son rasgos típicos del pensamiento del autor escocés (50).

El optimismo antropológico en el ámbito económico sostenido por SMITH, se convirtió enseguida en tipo significativo; en el fetiche del *homo oeconomicus,* atento siempre a obtener el mejor resultado económico con el menor gasto posible. El *homo oeconomicus* aparece así como un sujeto frío, indiferente a las situaciones de sufrimiento de amplísimas capas de la población. Es el prototipo que se deduce de las condiciones de la estructura y política económicas del liberalismo del *laissez faire*. Tal sujeto se acomoda al libre juego de la economía liberal individualista, impasible ante la suerte desgraciada de los desposeídos, puesto que en virtud de la famosa mano invisible, el orden de las cosas del *laissezfaire* se perfecciona. Aquí el optimismo del escocés y un sector de sus seguidores parece un seguro esperanzador(51).

---

(49) GONNARD, René: Historia de las doctrinas económicas, Madrid, Aguilar, *1938,* pág. 280, nota 2.

(50) GONNARD, ob. cit., pág. 238.

(51) En su reciente intervención en la Real Academia de Ciencias Morales y Sociales el académico profesor PINILLOS comparó el papel de la mano

No es menester recordar que la argumentación anterior se debe a la interpretación influida por el pesimismo antropológico latente en Thomas Roberto MALTHUS (1776-1834) y en Davis RICARDO (1772-1823). Anticipan las teorías de MARX y ENGELS.

Ahora bien, estas críticas al autor de la *Riqueza de las naciones* hay que juzgarlas a la luz de su *Teoría de los sentimientos morales* en particular según la moral de la simpatía y conforme a los conocimientos teológicos del autor escocés. Así matizan tales reproches los investigadores más ponderados posteriormente. Y lo mismo cabe decir respecto a la tesis vulgarizada sobre el repudio por SMITH del intervencionismo estatal en el campo socioeconómico.

El optimismo antropológico, en el ámbito económico y social, encontrará cobijo en el continente en las obras de Jean BAPTISTE SAY (1767-1832) y de Federico BASTIAT (1801-1850), los cuales asistieron al inicio del socialismo pero siguieron fieles a las ideas liberales. Nos detendremos un instante en el segundo. Reproduciremos algunos textos llamativos de su obra póstuma *Armonías económicas* (52). Estamos ante una personalidad interesante y un escritor notable inspirado por fuertes creencias cristianas.

BASTIAT (53) inicia su obra afirmando que todos los intereses legítimos son económicos. Favorecen la libertad. Aquella armonía de intereses es simple. La simplicidad es la piedra de toque de la verdad. Es conciliadora, ¿acaso existe algo más conciliador que acordar las industrias, las clases, las naciones e incluso las doctrinas? es, también religiosa pues indica que no es sólo la mecánica celeste además la mecánica social que revela la sabiduría divina y manifiesta su gloria.

Por último, es práctica. En efecto, nada más práctico que dejar a los hombres trabajar, intercambiar, aprender, asociarse, hacer y reaccionar unos sobre otros, porque además, según los decretos providenciales, se desprende de su espontaneidad inteligente, el orden, la armonía, el progreso, el bien, lo mejor hasta el infinito (54).

---

invisible de SMITH con la función de la astucia de la razón en el sistema posterior de Hegel.

(52) BASTIAT, Frédéric: *Oeuvres complétes de Fredéric BASTIAT mises en ordre, revues et annotées d'aprés le manuscrit de l'auteur.* Tome sixième: "Harmonies économiques", *5ª* édition revue et augmentée, Paris, Guillamin et Cie. Libraries, *1854.*

(53) BASTIAT, ob. cit., pág. 1.

El insigne TOCQUEVILLE (55), en su famosa obra, se apoyará también en un argumento teológico para explicar el progreso irresistible de la igualdad.

En efecto escribió: "Es natural creer que lo que más satisface a las miradas del creador y conservador del hombre, no es la prosperidad singular de algunos, sino el bienestar de todos; lo que parece una decadencia es a sus ojos un progreso y le agrada. La igualdad es quizás menos elevada pero más justa y su justicia hace su grandeza y su belleza" (56).

Los aspectos antropológicos y teológicos del optimismo económico de BASTIAT son recurrentes. En sus *Armonías económicas* a su entender el hombre es el elemento y sujeto principal de la sociedad. Corrobora la revelación mosaica de que el hombre ha sido creado a imagen de Dios (57). Cierto que el hombre no es perfecto pues si lo fuera no reflejaría una vaga semejanza con el Creador; seria el mismo Dios (58).

Tocar la libertad humana es perjudicarla, discriminarla; es cambiar su naturaleza, es convertirla, en la medida que se ejerce la opresión, en imperfecta; es despojaría de su similitud con el Creador (59).

b) El optimismo antropológico templado

Atenúa las argumentaciones que subrayan la naturaleza bondadosa del hombre. Así el liberalismo político coincidirá sólo parcialmente con el pensamiento ácrata sobre la maldad del Estado, puesto que para este último el Estado, como las heteronomías que se desprenden de él, son intrínsecamente

(54) BASTIAT, ob. cit., págs. 10-11.

(55) TOCQUEVILLE. Alexis: *La democracia en América.* Prefacio, notas y bibliografía de J. P. MAYER. Introducción de Enrique González Pedrero. Traducc. Luis R. Cuellar, México-Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica, *1957.* pág. *743.*

(56) TOCQUEVILLE, ob. cit., págs. *4-5.* Amplia y precisa su argumentación teológica.

(57) BASTIAT, ob. cit., págs. 13, 43 y ss.

(58) BASTIAT, ob. cit., pág. 582.

(59) BASTIAT, ob. cit., pág. *583.* BASTIAT, después de sostener la perfectibilidad del género humano, termina su obra examinando las relaciones de la economía política con la moral, la política, la legislación y la religión, págs. 588 y ss.

perversas de modo que el Estado es perverso. En cambio, para el liberalismo, el Estado es un mal pero inevitable, necesario. A esto corresponde la teoría de la autolimitación del Estado para explicar los derechos públicos subjetivos, la necesidad de una Constitución que asegure las libertades y que establezca la separación de poderes, etc.; en definitiva, pregona la construcción de un Estado liberal-burgués de Derecho.

Cuando Max WEBER sostuvo que el Estado es el monopolio legítimo de la violencia, frase sobradamente conocida, estaba latente en ella un residuo liberal clásico. En este orden de cosas el tipo antropológico del constitucionalismo liberal corresponde a un optimismo templado. Analógicamente puede aplicarse esta reflexión al campo socioeconómico.

c) El pesimismo antropológico

Parte también de principios teológicos secularizados. En efecto, si en PELAGIO late una posición antropológica optimista, como vimos, en la posición de un agustinismo exagerado, se advierten posturas pesimistas como por ejemplo, la idea que el pecado original se trasmite mediante la concupiscencia culpable que estaría intrínsecamente ligada a toda concepción (60).

El teólogo Wolfhart PANNENBERG (61), profesor de la Facultad de Teología evangélica de Munich, sostiene que la Antropología dogmática gira en torno a dos temas centrales: el ser hombre a imagen y semejanza de Dios y el pecado. A mi entender, y sin atreverme a entrar en profundidades teológicas, los dos temas centrales de la Antropología dogmática originan las consecuencias propias de la Antropología política, a saber: una posición antropológica optimista: la similitud de la criatura humana a su Creador; y otra pesimista producida por el pecado original que origina el apartamiento del hombre de Dios, y las consecuencias que le siguen: el sufrimiento psíquico y fisico, la muerte. No es menester subrayar sus efectos en el orden del pensamiento político en los contrarevolucionarios DE MAISTRE y DE BONALD y de nuestro clarividente, Donoso CORTES (62).

(60) BOUYER, L.: *Diccionario de teología,* cit., pág. 524. Según este autor "la reforma protestante presenció un retomo agravado a lo que podrá haber de pesimismo exagerado frente al optimismo neopelagiano (y aun simplemente neopagano del Renacimiento)", pág. 526.

(61) PANNENBERG, Wolthart: Antropología en perspectiva teológica. Implicaciones religiosas de la Teoría de la Antropología, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993. pág. 26.

La tercera consecuencia es el pesimismo templado presente también en SAN AGUSTIN cuando en bella frase refiriéndose a la culpa original dijo: ¡*Oh felix culpa* que ha originado la salvación de los hombres por su Redentor!

Así, pues, el mensaje soteriológico, mitiga con creces la desolación y desesperación del hombre, por Jesús. Ahora bien esa soteriología se ha secularizado al aplicarse al campo político mediante la liberación de los hombres, *hic et nunc* según como vimos en las directrices anarquistas y comunistas, sin olvidar la socialista que adopta una postura intermedia: el hombre es bueno por naturaleza, la sociedad capitalista le corrompe, sólo con el triunfo del socialismo recuperará su bondad original. Parece latente el grito de J.J. ROUSSEAU cuando al criticar la sociedad de su tiempo escribió:

"¡Volvamos a la naturaleza!".

d) El pesimismo antropológico templado

Apenas nos detendremos sobre el pesimismo antropológico templado pues hemos avanzado alguna reflexión. Me interesa añadir algunas breves insinuaciones. Ante todo, conviene precisar, siguiendo al profesor TRUYOL Y SERRA (63) que el pesimismo antropológico de San Agustín no significa que "los vínculos sociales y sobre todo el vínculo político sean fruto del pecado y carezcan de un fundamento natural propiamente dicho como pretende una interpretación, aun plenamente extendida, que podemos calificar de "pesimista" (O. von GIERKE, G. JELLINEK).

La interpretación del pesimismo antropológico templado se aproxima a la teoría del hombre falleciente que examinaremos a continuación.

---

(62) El influjo de estos autores, sin olvidar a MAQUIAVELO y a HOBBES, es evidente en Carl SCHMITT. Para no extenderme más, nos remitimos al excelente trabajo de Germán GOMEZ ORFANEL. *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carlos SCHMJTT,* Madrid, CEC, 1986. Cfr. Capítulo III "Antropología política", págs. 103 y ss.

(63) TRUYOL Y SERRA. Antonio: Historia de la filosofía del Derecho. De los orígenes a la baja Edad Media, Madrid. Revista de Occidente, 1954, pág. 195.

e) Teoría del hombre falleciente

Como es sabido, esta teoría fue defendida por el maestro francés Maurice HAURIOU (64).

El influjo de la teología judeocristiana es evidente en su pensamiento. Está presente en su obra y no como una secularización de dogmas teológicos sino como adhesión fiel y fideista a los mismos.

Así pues, en su obra encontramos una armonización entre elementos antropológicos y teológicos, es decir y permítaseme el término, defiende una antropoteología cristiana (65).

El discípulo y traductor del profesor de Toulouse, RUIZ DEL CASTILLO, explica que entre el individualismo optimista de J.J. ROUSSEAU, que supone al hombre bueno por naturaleza; y de HOBBES, que considera al hombre naturalmente malo, se yergue una posición intermedia, a saber: la que sostiene que no es completamente bueno ni enteramente malo; el hombre es defalleciente (66).

El estudio preliminar del traductor se refiere a la tesis del Decano de Toulouse del individualismo falible.

En la trilogía de creencias fundamentales (libertad, orden, poder), todo se encadena alrededor de la libertad desfalleciente. En efecto "el orden mismo es hijo del poder, que es, a su vez una libertad desfalleciente. Las tres

(64) Maurice HAURIOU fue un conservador liberal, ferviente católico de familia acomodada vinculada a las tradiciones campesinas. Sus obras están escritas en un francés admirable no exento de profundidad.

(65) Con mayor exactitud el teólogo evangélico Wolhfart PANNENBERG titula su obra *Antropología en perspectiva teológica. Implicaciones religiosas de la teoría antropológica.* Salamanca. Ediciones Sígueme. *1933.* Según él "el desarrollo mismo de la filosofía constituyó uno de los impulsos del creciente antropocentrismo del pensamiento filosófico" (pág. 16). Añade que no sólo hay que contar con el influjo antropológico en la Teología cristiana, porque, además, figura un segundo motivo genuinamente teológico: "el hecho de que la teología está referida a la cuestión de la salvación del hombre" (pág. 17).

(66) HAURIOU, Maurice: Principios de Derecho público y constitucional (traducc., notas y estudio preliminar de Carlos Ruis del Castillo), Madrid, Ed. Reus, 1927. XVI.

bases de la sociedad y del orden individualista guardan, pues, estrecho parentesco con la creencia de la debilidad humana" (67) (68).

II.3. Conclusión de esta parte

De todo lo anterior se desprende que los supuestos antropológicos y teológicos de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución están patentes en la doctrina de entrambas disciplinas.

Aunque el lector habrá comprobado que en el discurso anterior he hecho algunas referencias a la teoría de la Constitución, conviene dedicar una parte específica que demuestre el influjo y permanencia de supuestos teológicos en aquella. Intentaremos demostrarlo.

III. TEOLOGIA FUNDAMENTAL Y TEORIA DE LA CONSTITUCION COMO DOCTRINA FUNDAMENTAL

III.1 La fundamentalidad como principio y criterio teológico. La fundamentalidad como principio y criterio constitucional.

Ante todo, me interesa señalar que las consideraciones que siguen suponen un atrevimiento por parte de quien escribe.

Aunque hace unos años que he leído unos libros y escritos sobre materias teológicas, huelga afirmar que no soy experto en ellas.

Aclarado lo anterior, me parece que no es osadía establecer una comparación entre la fundamentalidad de la Teología y la fundamentalidad de la Constitución.

En el Capítulo uno sobre la noción de Constitución del tomo primero de su Derecho Constitucional, Francis DELPEREE (69) afirma rotundamente: "Al comienzo del derecho está la Constitución". Estas palabras recuerdan en alguna medida el texto del Santo Evangelio según San Juan (Cap. I, V**.** 1): "En el principio era la Palabra y la Palabra estaba cerca de Dios y Dios era la

(67) HAURIOU, ob. cit., págs. 56 y ss.

(68) HAURIOU, ob. cit., pág. *58.*

(69) DELPEREE, Francis: *Droit constitutionel. Tome 1*. "Les données constitutionnelles: Tome 1. 2ª edición, Bruxelles, Maison Ferdinand, Larcier, 1987, pág. 13.

Palabra". La Palabra de Dios, el Logos Divino, es el principio y fundamento en la Teología cristiana. A su vez, la Constitución es objeto sagrado para la trayectoria política constitucional y para un sector de la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica.

Así, el norteamericano LEVINSON (70) examina la Constitución como objeto sagrado en un sugerente estudio.

Menciona a KRISTOL cuando afirma que la bandera, la Declaración de la Independencia y la Constitución "constituyen la Santísima Trinidad de lo que TOCQUEVILLE llamó la religión civil de los norteamericanos" (71).

Por su parte, el profesor RICHARDS (72) de la Universidad de Nueva York, recuerda que la idea de Constitución escrita aparece en el período de la revolución puritana; en Gran Bretaña, se concibió como una afirmación política del pacto con la Divinidad. Del mismo modo que el Omnipotente se autovincula a los términos de una alianza que favorece y dignifica el consentimiento libre y racional de su pueblo, la autolimitación del poder estatal mediante una Constitución escrita augura la dignidad de sus derechos humanos y naturales (73).

La Teología fundamental, según FISICHELLA (74) se califica así, "porque está en disposición de elaborar una Teología de la revelación a partir de la misma revelación". La Teología fundamental, según este autor, ha dejado de ser ancilla de la Teología dogmática de modo que aparece como ciencia teológica que cuenta con su propio método.

---

(70) LEVINSON, Sanford: *Constitutional faith.* Princetown University, Press, 1988, págs. 9 y ss. *The Constitution in American civil religion.* Introducción: "The Constitution as sacred object".

(71) LEVINSON, ob. cit., pág. II.

(72) RICHARDS, David A. J.: *Toleration and the Constitution,* New York, Oxford. Oxford University Press, 1986, pág. *54.*

(73) Como es sabido, los estadounidenses son muy aficionados a computar el número de palabras de los textos jurídicos y de las declaraciones políticas, en este sentido se comparó el texto de 1787 con la Epístola de San Pablo a los Romanos.

(74) FISICHELLA, Rino: *Introducción a la Teología fundamental* (traducc. por Alfonso Ortiz García), Estella (Navarra), Editorial Verbo Divino, 1993, pág. 77.

Del mismo modo la Teoría de la Constitución, a partir de Carl SCHMITT, adquiere sustantividad. Ya no aparece como un sector más o menos extenso de la Teoría del Estado, aunque tome de ésta conceptos imprescindibles.

Tampoco es una escueta introducción al derecho constitucional, como se incluía en los tratados clásicos franceses e italianos y aun se mantiene por diversos autores. Ya ha adquirido autonomía.

Este carácter sustantivo lo ha conseguido, la Teoría de la Constitución, merced a su carácter fundamental que le da identidad propia.

Su fundamentalidad se manifiesta porque es ciencia cultural. En este sentido se concibe la Teoría de la Constitución como ciencia cultural según Peter HABERLE (75) y el que escribe (76). Los dos partimos de las densas y sugerentes ideas de Rudof SMEND.

La Teoría de la Constitución se funda en valores (la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo políticos, Art. 1.1. C.E.) además y, sobre todo, en la dignidad humana (Art. 10.1. C.E.).

La concepción de la Teoría de la Constitución como ciencia cultural entraña la realización de esos valores en la sociedad por intermedio del derecho considerándolo no sólo como conjunto de normas e instituciones. Además como plantas que enraízan en el *humus* cultural de la política euroatlántica.

De lo anterior se desprende que la fundamentalidad de la Constitución no consiste solamente en los procedimientos agravados para su reforma, ni en su supremacía sobre las normas infraconstituciona-les, sino, además, en los valores que la informan puesto que la colman de sustancia ética y social que la identifican ante sus ciudadanos y la comunidad internacional.

Es muy grato comprobar que la reciente Constitución de la Nación Argentina, en su preámbulo señala su propósito de afianzar la justicia y aseg-

(75) HABERLE, Peter: *Verfassungslehre als Kulturwissenchaft,* Berlín, Duncker und Humblot, 1982.

(76) LUCAS VERDU, Pablo: "Ultima lección académica del profesor Pablo Lucas Verdú con motivo de su jubilación anticipada el 20 de mayo de 1988" en *REP,* Nº 27-28, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1988, págs. 12 y ss.

urar los beneficios de la libertad no sólo a los ciudadanos argentinos presentes y futuros, sino a todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia.

No me detengo en la cuestión del alcance del Preámbulo, asunto debatido en la doctrina. Basta señalar que ésta es unánime en indicar que sirve como base interpretadora del resto de la Constitución.

El énfasis puesto por la Constitución de la Nación Argentina corresponde a su gloriosa tradición en el reconocimiento y garantía de la libertad. Basta recordar al ilustre ALBERDI, maestro indiscutible del derecho constitucional. Lo considero como un prócer de la argentinidad. Cada pueblo culto amante de la libertad cuenta con personalidades señeras que sirven de obligado punto de referencia. Sin olvidar a otros pensadores patriotas argentinos, ALBERDI, como ustedes saben mucho mejor que yo, es una figura emblemática que es ineludible recordar (77).

En la elaboración de Constituciones han contribuido personalidades egregias. Así recordamos a Hugo PREUSS en la Constitución de Weimar de 1919, Hans KELSEN en la austríaca de 1920, iniciando en Europa la técnica del examen de la constitucionalidad de las leyes ejercidas por un alto Tribunal.

En España, el conocido jurista JIMENEZ DE ASUA (Constitución republicana de 1931). Pues bien, J.B. ALBERDI cumplió un papel primordial en la elaboración de la Constitución argentina de 1853, aunque no fue constituyente.

El maestro Segundo V. LINARES QUINTANA recoge en su monumental Tratado la opinión de Domingo Faustino SARMIENTO en carta dirigida a ALBERDI: “Su Constitución es un monumento, usted habla que es la realización de las ideas en que me ha constituido en apóstol. Sea, pero es usted el legislador del buen sentido, bajo las formas de la ciencia. De todos modos, su Constitución es nuestra bandera, nuestro símbolo. Así lo toma hoy

(77) ALBERDI, Juan Bautista nació en Tucumán en 1810 *y* murió en París en 1884, escribió numerosas obras. Fue novelista y crítico literario. Su obra capital es *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina.* Esta obra influyó en las decisiones de los constituyentes de 1853.

la República Argentina. Yo creo que su libro va a ejercer un efecto benéfico. Es posible que su Constitución sea aceptaba, es posible que sea alterada, truncada; pero, los pueblos por lo suprimido o alterado, verán el espíritu que dirige las personas; su libro, pues, va a ser el Decálogo argentino".

En el Preámbulo de la nueva Constitución argentina se invoca a la divinidad y en el Artículo 2º se afirma: "El gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano". Son reflejos de creencias religiosas, mayoritarias en la República que se especifican en el Texto Fundamental (78):

III.2. Supuestos teológicos claros en la Constitución y metáforas comparativas en la Teoría del Estado

A las consideraciones precedentes sobre el influjo de supuestos teológicos expresos en las Constituciones, hay otras que enumeramos.

a) Supuestos teológicos claros en las Constituciones

El Preámbulo de la Constitución de Irlanda del 10 de julio de 1937 comienza diciendo: "En nombre de la Santísima Trinidad, de quien procede toda autoridad y a quien revierten como destino último todas las acciones tanto de los Estados como de los hombres. Nosotros, el pueblo irlandés, en humilde reconocimiento de todas nuestras obligaciones con nuestro Señor Jesucristo, que mantuvo a nuestros padres durante siglos de pruebas".

El Artículo 12.8 que versa sobre el Presidente, dispone que "entra en funciones prestando y suscribiendo públicamente ante los componentes de ambas Cámaras del Parlamento, los magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior y altos cargos la siguiente declaración: "Ante Dios Todopoderoso prometo y declaro solemne y sucesivamente" y termina "¡Que Dios me guíe y me sostenga en el empeño!".

A mayor abundamiento, el Artículo 44.1 estable: "El Estado reconoce que se debe tributo de culto público a Dios todopoderoso, cuyo nombre reverencia, respeta y honra la religión".

---

(78) Sobre el impacto teológico en las Constituciones escritas cfr. el estimable libro de Domenico FARIAS: *Idearlo e indeterminatezza dei principi constituzionali,* Milano, Giuffre. 1981, págs. 235 y 412. *La costituzione e il nome di Dio* (Un dibattito all'assamblea constituente).

Después de la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones de los *Laender* de Alemania occidental: Baviera (2 de diciembre de 1946); Würtenberg-Baden (28 de noviembre de 1946); Baden (22 de mayo de 1947); Rheinland-Pfalz (18 de mayo de 1947) y Bremen (21 de octubre de 1947), recogen afirmaciones iusnaturalistas y teológicas (79).

Lo mismo sucede en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. En efecto en su preámbulo podemos leer "Con conciencia de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres".

b) Supuestos teológicos comparados en la Teoría del Estado

En mi estudio preliminar a la obra de JELLINEK: *Reforma y mutación de la Constitución* (80) analizó las raíces teológicas de la doctrina de la autolimitación del Estado del profesor de Heildeberg y la crítica que KELSEN hace de dicha tesis. Como no me gusta repetir mis escritos, recurra el lector interesado a dicho escrito.

Ahora sólo añadiré lo siguiente: el misterio de la transubstan-ciación me parece que guarda semejanza con el término mutación constitucional. Esto corrobora el influjo teológico en el derecho constitucional.

La mutación constitucional evoca una transubstanciación secularizada en la medida que transubstancia el contenido de la norma fundamental respetando su texto.

Esta "transubstanciación" *(Wandlung)* muestra cierto aspecto misterial. Es decir opera silenciosamente, invisiblemente, como la propia transubstanciación. En cierto sentido tales mutaciones silentes, invisibles, de la Constitución, cuyo momento puntual, ceremonial, no es patente sino latente, pro-

(79) LUCAS VERDU, Pablo: *La lucha por el Estado de Derecho,* Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, *1975,* págs. 85 y ss.

(80) JELLINEK, *G.: Reforma y mutación de la Constitución.* Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Traduc. de Christian Förster, Madrid, CEC, 1991, págs. LIV y ss.

Raíces teológicas de la autolimitación del Estado. Interesa mencionar aquí a los profesores François OST y Michel VAN DE KERCHOVE, por su interesante estudio "La referencia a Dios en la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen" (traducc. de Enrique E. Marí) en *Materiales para una teoría crítica del Derecho,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, págs. 73 y ss.

duce un efecto prodigioso: Ir adaptando los Textos Fundamentales a las exigencias vitales de la realidad política y social.

Es el misterio y secreto, que por ejemplo, explica la longevidad de la Constitución estadounidense.

Podría también añadirse el *Mysterium representationis* (VANOSSI), en el campo de la Teoría del Estado y de la Constitución. Son ejemplos de secularización de términos religiosos.

c) Supuestos teológicos-metafóricos

Ciertamente en esas comparaciones percibimos aspectos metafóricos.

Aunque no entran directamente en los ámbitos de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución, recordemos el uso por MARX de términos teológicos en forma metafórica, así en obras como la *Sagrada Familia.* No nos detendremos, porque ya mencionaba la obra de Enrique DUSSEL que estudia este asunto. No obstante, conviene añadir que el pensador marxista Georg LUKACS (81) utiliza la expresión "Miércoles de ceniza" para calificar el irracionalismo nacional socialista de JASPER y HEIDEGGER.

III.3. La dignidad humana como derivación teológica

En algunos de los textos fundamentales contemporáneos; así en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Artículo 1º se habla de la dignidad humana (Art. 1.1) y en la Española, de la dignidad humana (Art. 1.1 C.E.). La diferencia es importante, porque la persona a tenor del derecho español Artículo 30 del Código Civil: "Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y que viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno". Así, se plantea la cuestión de los derechos del *nasciturus.* Problemas con implicaciones éticas en las cuales no voy a entrar.

(81) LUKACS. Georg: El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler (traduc. de Wenceslao Roces), México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1959. Califica en los Capítulos IV y V dedicado a exponer al subjetivismo parasitario, según él, de HEIDEGGER y JASPER como: "El miércoles de Ceniza", págs. 397 y ss.

El influjo teológico es indudable, sobre todo en el texto alemán, puesto que en su Preámbulo se invoca a Dios y es claro que los constituyentes actuaron impresionados por los horrores del III Reich.

Hay dos palabras germanas cuya expresión ortográfica es casi igual pero su significado es muy distinto. La primera la del Artículo 1.1 de la Ley Fundamental dice: *Würde*, pero *Burde* es otra cosa. Mientras la primera se traduce como dignidad, la segunda significa carga, pesadilla (82).

Así, pues, insistimos en que los constituyentes alemanes estaban impresionados por la carga y pesadilla del nacional socialismo de modo que al comenzar el articulado de su *Grundgeretz*, afirman rotundamente, la dignidad humana.

Ahora bien, a mi entender, la *Würde* germana también conlleva una carga. Quiero decir que la dignidad humana implica una carga de responsabilidad ética. En primer lugar, la dignidad humana hay que considerarla en solidaridad armónica con la dignidad de los semejantes. Esto significa que hay que concebirla como indiscutible obligación respecto a los demás. En segundo lugar, esa ética de la responsabilidad supone una *imago hominis* que para los creyentes se basa en la afirmación teológica de la Teología judeocristiana que supone que Dios hizo al hombre a "su imagen y semejanza" (Génesis, 1.27).

Para otros el hombre es "cosa sagrada para el hombre" (SENECA).

III.4. Lugares teológicos y lugares constitucionales

Al gran teólogo español Melchor CANO, asistente al Concilio de Trento debemos una obra póstuma famosa, que versa sobre los lugares teológicos (Salamanca 1563) o sea de las sedes relevantes que sirven de argumentaciones en la Teología.

Hace una clasificación de ellas que denominó constitutivas, esenciales y luego enumera como lugares anexos: la razón natural, los filósofos y los juristas, amén de los datos suministrados por la historia y las tradiciones humanas.

---

(82) El profesor Gottlieb DIETZE, con el que me une una gran amistad, ha escrito sobre estos términos páginas muy interesantes.

Como escribe Martín GRABMANN (83) *De locis iheologicis libri XII,* "expone su autor las fuentes de las pruebas y razonamientos que se han de emplear en el estudio de la Teología, insistiendo con especial interés en la importancia del elemento histórico, de modo que presenta una verdadera metodología de la ciencia divina y un modelo acabado de teología fundamental".

También, como veremos enseguida, puede hablarse de lugares constitucionales influidos por el saber teológico en la Teoría de la Constitución.

IV. LUGARES TEOLOGICOS EN LA TEORIA DE LA CONSTITUCION

IV. 1. Huellas de contenido teológico secularizadas en la Teoría de la Constitución

En los autores que en páginas anteriores hemos citado, clásicos de la Teoría del Estado, se percibe el impacto del saber teológico. Lo mismo ocurre en la Teoría de la Constitución cuya interrelación es evidente si bien esta última ha adquirido sustantividad con SCHMITT *y* SMEND, desarrollando no pocos principios de la primera.

Hay que recordar lo que escribió KELSEN (84) en 1925. Según el fundador de la teoría pura del derecho: "Conviene ilustrar críticamente los procedimientos de la teología, para poner en claro muchos problemas de la Teoría del Estado". Dada la conexión antes apuntada de la Teoría del Estado y la Teoría de la Constitución, huelga decir qué huellas teológicas se detectan también en la doctrina constitucional.

La dogmática del derecho constitucional analizada por la Teoría de la Constitución, empezando por su denominación, comprende el conjunto de postulados, conceptos y categorías imprescindibles para dominar al derecho positivo. De modo, acaso un poco superficial aunque con algún matiz expresivo, viene a ser la gramática y sintaxis del derecho.

---

(83) GRABMANN, Martín: *Historia de la Teología católica. Desde fines de la era patrística hasta nuestros días* (traduc. del P. Gutiérrez, Agustino), Madrid, Espasa Calpe, 1946, pág. 192.

(84) KELSEN, Hans: *Teoría general del Estado* (traduc. Luis Legaz Lacambra), Barcelona-Madrid-Buenos Aires. Editorial Labor. 1934. págs. 100 y ss.

IV.2. Examen de algunos residuos teológicos en la Teoría de la Constitución

a) Preliminar

Seguidamente pasaremos revista a algunos lugares de relevancia constitucional que muestran raíces teológicas.

Por supuesto, aquí tampoco pretendemos esbozar una Teología constitucional, aunque los contrarevolucionarios franceses (DE MAISTRE, DE BONALD y otros alemanes) en alguna medida lo pretendieran.

b) Análisis de lugares constitucionales que recuerden afirmaciones teológicas.

HERMENEUTICA E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL. En principio, la hermenéutica es el conocimiento científico y técnico e incluso es el arte, que permite interpretar y comprender textos, principalmente sagrados. Por extensión se aplica también a escritos filosóficos, históricos, literarios y jurídicos.

Parece clara la conexión entre la interpretación y comprensión de los textos sagrados en particular de la Biblia y de los textos constitucionales. Recordemos que la alianza entre Dios y el pueblo elegido es un precedente religioso del contrato social, originador de textos constitucionales.

Corresponde al teólogo protestante SCHLEIRMACHER la invención del término hermenéutica para interpretar textos transmitidos, en especial la Sagrada Escritura. Trátase de comprender las palabras escritas o habladas. RIESENHUBER (85) nos dice que se produce “una complementación recíproca entre la comprensión “adivinatoria” o sea la que se compenetra con el autor de forma total y la comparativa”. Es decir enlaza con la compresión histórica y gramatical, el texto particular ha de esclarecerse desde el todo del contexto de su vida y su sentido.

De la anterior “definición” que hicimos, más bien descripción se desprende que la hermenéutica y/o interpretación es una tarea científica que cor-

(85) RIESENHUBER, Klaus: “Hermenéutica” en *Diccionario de Fiosofia,* Barcelona, Ed. Herder, 1988. págs. 276-277.

responde al campo gnoseológico y epistemológico e incluso con estimaciones axiológicas. Es una técnica que requiere suficientes conocimientos teológicos, filosóficos, filológicos: es también un arte en la medida en que dicha interpretación alcanza cotas estéticas o en el caso de una disciplina jurídica, calidad de *elegantia iuris.*

En la actualidad la teoría de la interpretación se inspira en argumentaciones de pensadores como HEIDEGGER y GADAMER y en los contemporáneos, representantes del *pensiero devole* como el italiano VATTIMO, pues la consideran pieza fundamental de su mensaje.

Para los hermeneutas de nuestros días la comprensión se mueve circularmente entre el objeto concreto (por ejemplo un texto) y el todo de circunstancias que le confiere sentido. Es el llamado círculo hermenéutico que no es un círculo vicioso. RIESENHUBER (86) añade que el horizonte del objeto se abre al interpretar mediante una inteligencia previa (la llamada precomprensión) (87).

GADAMER (88) advierte que la hermenéutica jurídica está capacitada para "devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y

(86) RIESENHUBER, *ibidem.*

(87) Cfr. Josef ESSER: *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazioni del diritto* (traducc. al italiano del texto alemán de Salvatore Patti y Giuseppe Zaccaria. Introduzioni di Pietro Rescigno). Edizioni Scientifiche Italiane Universitá di Camerino, *1983.* Cfr. el interesante libro de Doménico FARIAS: *Interpretazione e logica,* Milano, Giuffré, 1990. págs. 25 y ss. y sobre todo las páginas dedicadas a la interpretación y lógica en la historia de la teología deteniéndose especialmente en los teólogos españoles MOUNA, SUAREZ, HURTADO DE MENDOZA, DE LUGO José MARTINEZ DE RIPALDA.

Sobre la precomprensión y el círculo hermenéutico. *cfr.* Emerich CORETH: *Cuestiones fundamentales de hermenéutica* (traducc. del alemán de Manuel Boladi), Barcelona, Herder, 1972, págs. *32,* 37 y ss., 107 y ss., 215 y ss. (sobre el círculo hermenéutico y sobre la precomprensión) págs. 9. *38.* 80. 112 y ss., 132 y 146.

(88) GADAMER, Hans-Georg: *Verdad y método. Fundamentos de una Hermenéutica filosófica* (traducc. Ana Aguado Aparicio y Rafael de Agapito), Salamanca, Ediciones Siguence, 1948, págs. 401, 612 y ss. Cfr. también cómo distingue la interpretación del jurista de la interpretación del historiador, (pág. 397), y la hermenéutica teológica de la teología protestante.

reproduciría la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo" (destacado por GADAMER).

A mi entender la Teoría del Estado se caracteriza por el tema básico y difícil de la representación como concepto y proceso que conecta al Estado-aparato con el Estado-comunidad.

Desde el éxito del liberalismo, la interpretación de las normas es el tema capital de la Teoría de la Constitución. Entrambos conceptos y técnicas se entrelazan.

En nuestro ordenamiento jurídico la interpretación y aplicación de la ley aparecen en el Artículo 3.1 del Código Civil, que es materialmente constitucional aunque aparezca en una Ley ordinaria. Como es sabido, se inicia este precepto así: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto" (destacado P.L.V.).

Voy a permitirme una comparación entre las palabras de Dios y las palabras de la Constitución.

En el Evangelio de San Juan, Capítulo 1 leemos: "1) En el principio era la Palabra y la Palabra era Dios, y Dios era la Palabra; 2) Esta era en el principio cerca de Dios; 3) Todas las cosas por esta fueron hechas: y sin ella nada de lo que es hecho, fue hecho" (89).

Mientras que la Palabra, o Verbo divino es comprendida mediante la hermenéutica de la Sagrada Escritura, las palabras de la Constitución lo son mediante la interpretación constitucional.

Escribe BISER (90) que el "... testimonio más temprano de una inteligencia refleja que la palabra es la representación bíblica de la creación del mundo por la palabra divina y del dominio del mundo por la palabra humana".

---

(89) El conocido jurista argentino Sebastián SOLER: *Las palabras de la Ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969. pág. 11 comenta el texto de San Juan comparándolo con el de GOETHE "En el principio fue la acción".

SOLER se inspira en la ontología, teoría del conocimiento y en la axiología de Nicolai HARTMANN.

(90) BISER, Eugen: "Palabra" en *Conceptos fundamentales de filosofía*. Barcelona. Herder, 1979, Tomo III, pág. 11.

Si la palabra divina intercomunica al hombre con Dios, la humana aproxima a los hombres en la comunicación y en la comunidad social. En este orden de cosas las palabras de la Constitución, son expresiones fundamentales imprescindibles para establecer, asegurar y promover la comunidad entre las instituciones y los derechos que reconoce a los hombres.

Así la Constitución en cuanto Código jurídico-político en la medida que eleva al hombre a la condición de ciudadano, es también una especie de *Decálogo* (SARMIENTO) que entonces diseña instituciones, garantiza los derechos que le son inherentes, cumple una función cívica, establece una *res pública.* Por eso su articulado debe interpretarse con arreglo a la *ratio y telos* insito en el texto constitucional.

Así, pues, el sentido propio de las palabras (Código Civil Art. 3.1) hay que desvelarlo con una adecuada exégesis además teniendo en cuenta su contexto y fundamentalmente su espíritu y finalidad. No se trata de una aplicación fonográfica de las normas como sostuvo MONTESQUIEU al afirmar que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque las palabras de la Constitución tienen carácter abierto y son dinámicas. En definitiva, como acertadamente dijo RADBRUCH, las leyes son más inteligentes que sus autores y además, como establece el Código Civil español, han de interpretarse en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. No me detengo más en este punto. Me complace mucho remitirme al espléndido estudio de mi admirado discípulo Raúl CANOSA USERA (91) sobre la interpretación constitucional y la fórmula política.

Estamos hablando de la palabra, del *lógos*. Este segundo término aparece ya en HERACLITO como explica muy bien VERDROSS (92) el *Lógos* eterno crea la armonía el Universo "común a todo lo existente, de la misma manera que la Constitución de un país es común a todos sus ciudadanos".

VERDROSS (93) expone la doctrina estoica sobre el *lógos spermatikós,* es decir son las razones seminales que operan como instinto en los animales y como razón en los humanos: "La razón humana, es pues idéntica al

(91) CANOSA USERA, Raúl: Interpretación constitucional y fórmula política, Madrid, CEC, 1988.

(92) Cfr. la exposición que hace Alfred von VERDROSS en La filosofía del Derecho en el mundo occidental (traduc. de Mario de la Cueva), México, Universidad Autónoma de México, 1983.

(93) VERDROSS, ob. cit., pág. 78.

Logos ya que es un efluvio de la razón universal. Pero como ésta penetra en el hombre únicamente en la categoría de potencia, necesita ser desarrollada mediante la educación y el conocimiento de si mismo".

Para el teólogo apologeta San Justino existe un *lógos spermatikós,* una "razón seminal" de "cuyos gérmenes divinos" la humanidad toda participa en mayor o menor grado y que culmina en la revelación cristiana. Ello permite a San Justino considerar que toda verdad, donde quiera que haya surgido históricamente, es cristiana, que el cristianismo, en consecuencia, es la verdadera filosofía preparada y vislumbrada por los mejores pensadores de la gentilidad, según señala el profesor TRUYOL Y SERRAT (94).

Como escribe el teólogo de la Iglesia Evangélica THIELICKE (95) el hombre puede discurrir sobre el *Lógos,* sobre el sentido del ser "y acabar por tropezarse con él porque de su propio logos, es decir su razón es pensamiento del pensamiento originario" (destacado de THIELICKE). Por decirlo de otro modo no es más que una astilla del *Lógos* universal *(lógos spermatikós).* Ese *lógos* universal va a recogerse en el espejo de la razón humana". No nos detendremos en la cuestión subrayada por ARISTOTELES del habla como rasgo del *zoon politikon.* Nos interesa más el reflejo del *Lógos spermatikós* para explicar la concepción liberal del parlamentarismo. En efecto, en las Cámaras del Parlamento la discusión sobre las diversas y contrapuestas opiniones, expresan el recuerdo teológico en cada uno de los representantes de las partículas del *Lógos spermatikós* divino, universal. Ello viene a justificar la tesis de que de esa contraposición ante los parlamentarios, en cuanto receptores de la semilla de la palabra divina, se infiere la verdad.

De esta manera el racionalismo liberal, *rectius* et *Lógos* del liberalismo se impuso sobre el voluntarismo democrático: las leyes son la expresión de la voluntad general (Artículo 6º de la Declaración del hombre y del ciudadano de 1789). La vieja contraposición entre el intelectualismo de la escuela tomista y el voluntarismo de DUNS SCOTTO y Guillermo de OCKHAM, parece replantearse en la disyunción: liberalismo ? democracia.

---

(94) TRUTOL y SERRAT, Antonio: Historia del Derecho. De los orígenes a la Edad Media, Revista de Occidente, 1954, pág. 183.

(95) THIELICKE, Helmunt: Esencia del hombre. Ensayo de Antropología cristiana, Barcelona, Herber, 1985, pág. 177 y Wohlfhart PANNENBERG: ob. cit., págs. 484 y ss., 496 y ss.

IV.3. Otras cuestiones que evocan dogmas religiosos secularizándolos: milagro, carisma, liderazgo, encarnación divina, esperanza.

El milagro y su transcripción en el campo constitucional

El milagro para la teología católica (96) no sólo es una acción extraordinaria, que excede las fuerzas de la naturaleza creada, además es un signo de Dios. De hecho, el milagro no es, en modo alguno, la introducción de un desorden en el universo creado, sino la introducción de un orden superior".

Me interesa subrayar que KELSEN (97) dedicó la parte IV de su libro sobre el concepto sociológico y el concepto jurídico de Estado, capítulo 11, 42, a la creencia teológica y a la creencia jurídica del milagro citando a autores católicos. Además menciona a Feuerbach (98) quien examinó en su libro sobre la esencia del cristianismo, críticamente, el significado del milagro. Este discípulo de HEGEL, estudiante de la Teología protestante abandonó ese estudio para dedicarse a la filosofía y convertirse en tenaz crítico del cristianismo.

Para KELSEN la cuestión se plantea en virtud del dualismo entre Dios y el Mundo. Esto se evidencia en la creencia cristiana del milagro. La Teología considera al mundo como Naturaleza, o sea como unidad sistemática de las leyes naturales establecidas por Dios. Ahora bien, es imposible pensar que Dios esté atado a las leyes naturales. La libertad divina se contrapone a las leyes naturales mediante el milagro.

Ya FEUERBACH mantuvo que la creencia en Dios y la creencia en el milagro coinciden. El método teológico se caracteriza por el dualismo del

(96) BOUYER, L.: Diccionario de Teología, cit. 1. pág. 445.

(97) KELSEN, Hans: Der soziologische und der juristische Staatsbergriff. Kritische Untersuchung der Verhältnisses von Staats und Recht, Tubingen. Verlag von J.C.B, Mohr (Paul Siebeck), 1928, págs. 245 y ss. Antes en su Teoría general del Estado, publicada en Alemania en 1925, se refirió, brevemente, al Estado como principio anulador de Derecho y a Dios como principio anulador de la naturaleza, pág. 104.

(98) FEUERBACH, Ludwig: La esencia del cristianismo (introducción de Marcel Xauffeaire. Traducc. José Iglesias), Salamanca. Ediciones Sígueme, 1975, págs. 169 y ss. El misterio de la fe, el misterio del milagro.

Dios creador de las leyes naturales y Dios no está obligado a ellas de modo que puede suspenderías mediante el milagro.

XI ENCUENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO DEL MERCOSUR

Por Guillermo Trovato Fleitas (*)

Los días 12, 13 y 14 de agosto de 2004, se desarrolló el XI ENCUENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO DEL MERCOSUR. Dicho Encuentro, que se realiza anualmente, en las distintas ciudades de los países miembros del MERCOSUR, tuvo como sede a nuestro país, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

El evento tuvo como objetivo que todos los estudiantes de Derecho y carreras afines del Bloque Regional en conjunto con los Juristas, Profesores y demás especialistas invitados, efectúen a través de este Encuentro un análisis de las situaciones legales y paralegales que devienen del Bloque Regional que implica el MERCOSUR como Unión Aduanera Imperfecta; sus efectos, factibilidad, rumbo a seguir; su presente y su futuro.

Los Encuentros de Estudiantes de Derecho de América del Sur, que se han venido reuniendo durante once años, fomentan la integración regional entre Estudiantes de Derecho de América del Sur, que en pocos años más serán colegas en el ejercicio de la apasionante profesión, cual es el de la abogacía. Actualmente, a través de la tecnología y de la velocidad de transmisión de la información, prácticamente nos encontramos sin fronteras, ganándole ampliamente a la barrera de la distancia, repercutiendo esto en nuestra futura profesión.

Es importante destacar que en el Encuentro de Estudiantes de Derecho del MERCOSUR, realizado en el año 2002 en la Ciudad de Londrinas, el Paraguay estuvo representado por más de cien jóvenes, estudiantes de la ca-

(*) Coordinador General del Encuentro, Alumno del 5° Curso.

rrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Así también, en el año 2003, nuevamente una numerosa delegación partió rumbo a la Ciudad de Florianópolis, en donde se llevó a cabo el Encuentro Internacional de Derecho del MERCOSUR, con la brillante participación de profesores expositores paraguayos.

La designación de la Sede del Encuentro del año 2004, fue acordada en una mesa de diálogo, llevada a cabo entre los Estudiantes de Derecho del MERCOSUR, en el Encuentro de Estudiantes que se llevó a cabo en la Ciudad de Londrinas en el año 2002, designándose a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, como sede del Encuentro de Estudiantes.

La organización del presente Encuentro vio afectada al Instituto de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción; al Centro de Estudiantes de Derecho UNA y a la Agencia Oficial de Turismo “Paraguay Turismo”.

Abarcamos como temas principales las TRANSACCIONES COMERCIALES MULTILATERALES; EL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR y LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

El presente Encuentro se vio destacado por la alta calidad de sus expositores internacionales y nacionales. Con respecto a los profesores internacionales, su presencia fue posible, gracias a que el Prof. Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano hizo coincidir la fecha de la Inauguración del Tribunal Permanente del Mercosur, ubicado en la CASA ROSALBA, sobre la Avda. Mariscal López con nuestro Encuentro de Estudiantes; permitiendo de esta manera, la presencia y disertación gratuita de tan altas personalidades de la integración mundial. Merece especial atención citarlos de a uno, atendiendo el renombre que poseen.

Han participado en carácter de expositores:

— RICARDO ALONSO GARCIA, Arbitro del MERCOSUR. Director del Master de Derecho Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid.

— HUGO ESTIGARRIBIA, Director del Centro Paraguayo de Arbitraje y Mediación. Profesor de la Cátedra de Derecho Romano II de la Facul-

tad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— JOAO BOSCO LEE, Arbitro del MERCOSUR por BRASIL. Presidente del Comité Brasileño de Arbitraje. Profesor de Derecho Internacional Privado.

— ANTONIO CREMADES, Representante del College des Hautes Etudes Europeens "Miguel Servet" de Paris.

— LUIZ OTAVIO PIMENTEL, Presidente de ECSA – AL. Arbitro del MERCOSUR por Brasil, y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción.

— JOAO GRANDINO RODAS, Arbitro del MERCOSUR por Brasil.

— ROBERTO RUIZ DIAZ LABRANO, Arbitro del MERCOSUR por Paraguay. Presidente del Instituto de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y Profesor de Derecho de la Integración y Derecho Internacional Privado de la misma casa de estudios.

— PATRICIA LUIZA KEGEL, Arbitro del MERCOSUR por Brasil. Presidente de ECSA – BRASIL.

— HUGO MERSAN GALLI, Profesor de Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— PATRICIA STANLEY, Profesora de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— JOSE RAUL TORRES KIRMSER, Ministro de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Profesor de Derecho Mercantil I, Derecho Mercantil II y Derecho Civil – Obligaciones, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— RONALD HERBERT. Arbitro del MERCOSUR por Uruguay. Presidente de la Asociación de Abogados del Uruguay. Profesor de Derecho Internacional Privado.

— ADRIANA DREYZIN DE KLOR, Arbitro del MERCOSUR por Argentina. Profesora de Derecho Internacional Privado por la Universidad de Córdoba.

— BERTA FEDER, Arbitro del MERCOSUR por Uruguay. Directora de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay. Profesora de Derecho Internacional Privado.

— MANUEL CARLOS LOPES PORTO. Profesor de Derecho Tributario y Financiero de la Universidad de Coimbra – Portugal.

— OSCAR LLANES, Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— CARLOS SOSA JOVELLANOS, Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— CARLOS ARCE OBREGON, Agente Fiscal de Cuentas. Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— MARCO ANTONIO ELIZECHE, Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— LUIS LEZCANO CLAUDE, Profesor de la Cátedra de Derecho Constitucional Nacional y Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— SILVIA LOPEZ SAFI, Profesora de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— MARIA ELODIA ALMIRON PRUJEL, Profesora de la Cátedra de Derechos Humanos y Derecho Constitucional Nacional y Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— MARIANA MENDELZON, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— ENRIQUE ZACARIAS MICHELAGNOLI, Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— MARCIA LEONORA SANTOS REGIS ORLANDINI, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Uberlandia – Brasil. Maestre en Derecho por la PUC – SP.

— ELOISSA ASSIS DE PAIVA, Profesora de la Facultad de Derecho de la Ciudad de Uberlandia – Brasil.

— ADILOAR FRANCO ZEMUNER, Profesora de Derecho Comercial y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Estadual de Londrinas.

— KELLY LISANDRA BRUCH, Abogada. Maestrada en Agronegocios. CEPAN/UFRGS. Porto Alegre – Brasil.

— MARIA EDELVACY PINTO MARINHO, Abogada. Bolsista del CNPQ de Desenvolvimiento Tecnológico e Industria.

— MARIANA LOPEZ, Profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA, Facultad de Derecho de ITU – Brasil.

— ELDIS CAMARGO NEVES CUNHA, Maestre en Derecho Ambiental. PUC SP y Salamanca.

— SELENE YUASA, Post Graduada en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de ITU BRASIL.

— TERCIO ALBUQUERQUE, Profesor de Derecho Internacional de Campo Grande, Matto Grosso do Sul – Brasil.

— ROLANDO DIAZ DELGADO, Arbitro del MERCOSUR por Paraguay, Director del Programa de la Maquila del Ministerio de Industria y Comercio. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN, Brasil.

— GEORGE AUGUSTO NIARADI, Dr. en Derecho Internacional. USP. Profesor Universitario.

— CARLOS MARCIAL RUSSO CANTERO, Profesor de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— CARINA COSTA DE OLIVEIRA, Brasil.

— ALEXANDRA CARDOSO HERNANDEZ, Brasil.

— FRANCISCO PALAU, Profesor de Derecho Comunitario de la Facultad de Derecho de la Universidad Americana.

— NORMA ZELAYA, Abogada, Profesora de Derecho Comercial de la Universidad Columbia del Paraguay.

— PABLO ESTEBAN TROCHE, Estudiante Universitario – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— DAIANE LOPEZ MORETTO, Estudiante Universitario – Brasil.

— GISLANE LUIZA VIEIRA QUINA, Estudiante Universitario – Brasil.

— STELLA LEZCANO, Abogada. Paraguay.

— PATRICIA BERNAL KAUFELER, Abogada, Profesora de Derecho Procesal Penal. Paraguay.

— ADRIANA MARECOS, Estudiante Universitaria, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

— JULIO CESAR RIVERA, Arbitro del MERCOSUR. Profesor Titular de Derecho Civil. Miembro de UNIDROIT. Coautor del Anteproyecto del Código Civil Argentino.

— SINDULFO BLANCO, Ministro de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay y Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Esta notable cantidad de expositores de destacada honorabilidad, participaron durante los tres días de desarrollo del Encuentro. Teniendo en cuenta que la característica del XI ENCUENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO DEL MERCOSUR, en cuanto a los expositores, fue que los mismos estaban agrupados de acuerdo a su especialidad en paneles simultáneos, es decir, que había dos salones que se encontraban desarrollando paneles en el mismo momento. Mediante esto fue posible brindar a los participantes 50 expositores, entre Ministros de la Corte, Arbitros del MERCOSUR, Profesores de distintas materias en distintas casas de estudio de nuestro país y del mundo, como así también tuvimos como expositores a alumnos universitarios.

Ya teniendo en cuenta la magnitud del Encuentro, muchas instituciones oficiales dieron su apoyo correspondiente, declarandolo de interés:

Declarado de Interés Académico por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA, por Res. N° 380/2004 de fecha 30 de junio de 2004.

Declarado de Interés Cultural por el Ministerio de Educación y Cultura, por Res. N° 83/04 de fecha 8 de julio de 2004.

Declarado de Interés Turístico Nacional por la Secretaria Nacional de Turismo de la Presidencia de la República por Res. N° 292/04 de fecha 2 de julio de 2004.

Declarado de Interés Municipal por la Municipalidad de Asunción. Res. N° 961/2004.

Declarado de Interés Nacional de la Juventud por el Vice Ministerio de la Juventud. Res. N° 04/04.

Asimismo, las firmas comerciales locales dieron su apoyo y auspicio al Encuentro de Estudiantes. Agradecemos al Diario ABC Color, Librería El Lector, Agua Seltz, Pulp, Flores Vemay, Editora La Ley, El Cheff, Cooperativa Universitaria, Cabal, Ña Eustaquia, Casa Paraná, y muy especialmente a Ferrocarriles del Paraguay S.A., en su presidente Dr. Lauro Ramírez.

El imponente Acto de Inauguración se dio inicio en el Aula Magna, dando las palabras de bienvenida el Sr. Decano de la Facultad de Derecho Filial Misiones Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea, seguidamente en representación de la Corte Suprema de Justicia el Prof. Dr. Raúl Torres Kirmser. El Presidente de la Comisión Organizadora del Encuentro, Univ. Guillermo Trovato y el Director del Instituto de Derecho de la Integración, Prof. Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, manifestaron también la importancia de inaugurar en la Facultad de Derecho UNA, un Encuentro de Estudiantes a nivel del MERCOSUR.

Durante los tres días, los más de 400 asistentes han participado de los diferentes paneles en las distintas aulas de la Facultad, produciéndose la tan mentada extensión universitaria con los estudiantes de la carrera de Derecho de Argentina, Brasil y Uruguay. También se hicieron presentes estudiantes de otras unidades académicas: La Universidad Católica, Uninorte, UTCD, UNIDA, UTIC, UCSA, PACIFICO, como así también estudiantes secundarios del último año que se vieron atraídos por el Encuentro y que eventualmente seguirían la carrera de Derecho.

Se destaca el apoyo brindado por la Asociación de Artesanos del Paraguay, quienes acudieron a exponer sus artesanías en los pasillos de la Facultad; a la Municipalidad de Asunción por cedernos gentilmente en préstamo sus banderas y portaestandartes; a los diferentes medios de comunicación masiva radial, escrita y televisiva; a las Embajadas de Brasil, Argentina y Uruguay por el préstamo de sus banderas oficiales; a la Banda de Músicos del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas por decir presente a tan importante Evento, a la Comisaría 12 Metropolitana por el custodio del local de la Facultad y de los vehículos en los días de desarrollo del Evento, al Decanato por donar 40 obras de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y a otras pequeñas, pero elementales ayudas recibidas.

Con inmenso orgullo, agradezco al incansable equipo de apoyo, compuesto por compañeros y compañeras, que trabajaron antes, durante y después, en las distintas Coordinaciones que deparó la organización del Encuentro. En honor a todos y con temor a olvidar a algunos, omito citarlos, quedando como fiel testimonio las distintas fotografías.

A nuestro principal financista, la Agencia de Turismo Paraguay Turismo, pues sin la participación de la misma, todos los proyectos quedarían en meros papeles, puesto que todo emprendimiento depara una inversión inicial. A su propietario, Ignacio Medina y a su incansable hija Gloria, en nombre de

todos los involucrados en el Evento, gratitud inmensa por apostar a este emprendimiento de jóvenes.

Ahora solo nos resta aplicar lo aprendido y continuar en comunicación con las amistades establecidas con los futuros colegas dentro y fuera del país, esperando el próximo Encuentro de Estudiantes, en el que seguramente diremos presente.

Cuadro de Honor. 1988-2003

Nómina de Egresados. Año 2003

Proyecto Educativo Institucional. Año 2005

Calendario Académico. Año lectivo 2005

Resumen de actividades realizadas por el Consejo Directivo. Años 2001 A 2004

Dictámenes del Instituto de Investigación de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.

Dirección de Asistencia Legal a personas de escasos recursos

Curso probatorio de Admisión

Facultad de Derecho:
Innovaciones previstas para el año 2005

Curso de Doctorado

Licenciatura en Ciencias Sociales
Licenciatura en Ciencias Políticas

Biblioteca Carlos Antonio López

CUADRO DE HONOR
1988-2003

NOMBRES Y APELLIDOS		Promedio
TORRES FERREIRA, RAUL ALBERTO	(Sobresaliente)	5
DOLDAN BREUER, MANUEL NICOLAS		4,98
PEDROZO BERNI, ALICIA MA VERONICA		4,9
ABED OVIEDO, MARIA JOSE		4,88
ACOSTA COLMAN, MARIA CRISTINA		4,88
DIAZ ARECO, BENICIO		4,85
ROJAS MEZA, CLAUDIA MERCEDES		4,85
GALEANO DELGADILLO, RODRIGO RENE		4,83
BERNIS ALLEGRETTI, GRACIELA MARIA NICOLAS		4,8
MOLAS AVALOS, NATALIA DEL CARMEN		4,78
ROLON LOPEZ, SHIRLEY		4,76
SOSA MARTINEZ, CARLA ELENA		4,76
VILLASANTI GONZALEZ, LUIS MARIANO		4,73
MORINIGO BENITEZ, LORENA RAQUEL		4,71
SCARONE CASCO, JULIO ERNESRTO		4,71
GOMEZ FRETES, KARINA FABIOLA		4,68
LEBRON PAREDES, CAROLINA GABRIELA		4,68
GRARNER, HANNES		4,66
SANCHEZ SCHLUNK, ELA ADRIANA		4,66
VERGARA LAPIUK, NADIA LUZ		4,66
QUINTANA VIÑALES, EMERSON DANIEL		4,66
SANCHEZ ROLON, VICTORIA RAQUEL		4,66
FERREIRA CHAVEZ, OSCAR ANDRES		4,66
GARCIA DE ZUÑIGA, COLMAN JUAN MARCELO		4,61
HELMERS ABENTE, MARIA LAURA		4,61
PANGRAZIO DE ARRIGO, ANIBAL JAVIER		4,61
VALLEJOS MENDOZA, ALEXIS MARIA		4,61
STANLEY ZARZA, NORMAN JAVIER MARIA		4,59

NOMBRES Y APELLIDOS	Promedio
VILLALBA VARGAS, ELIDA SALVADORA	4,59
GONZALEZ MALDONADO, MARCO AURELIO	4,56
FLORENTIN CUETO, RAUL ESTEBAN	4,56
BRAVARD MORENO, MIGUELANGEL	4,54
FERREIRA CHAVEZ, LIDA AURORA	4,54
GALEANO GRAUPERA, CLAUDIA VANESSA	4,54
GUERRERO MORAL, LUZ ANALIA	4,54
CIKEL SILGUERO, ERWIN ALEXANDER	4,54
FERNANDEZ DE NESTOSA, RODRIGO	4,51
MAIDANA TORRES, ANA MARIA	4,51
MENDOZA BALMACEDA, VIOLETA DEYANIRA	4,51
RUIZ CAMPUZANO, FERNANDO EMILIO	4,51

Observación: conforman el cuadro de ingresantes de los años lectivos 1998-2003 como también los ingresantes de 1995-1997-2000 al 2003.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Universidad Nacional de Asunción

NOMINA DE EGRESADOS

Año 2003

CARRERA DE DERECHO

Promoción:
"Homenaje a la vida y solidaridad por un nuevo Paraguay"

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
ABED OVIEDO, MARIA JOSE	4.8781
ACOSTA COLMAN, MARIA CRISTINA	4.8781
ACOSTA MEZA, BLANCA SOLEDAD	3.0417
ACUÑA GONZALEZ NAVERO, ROCIO CELESTE	3.6744
ACUÑA PEREZ, NATALIA MARIA PATRICIA	3.4348
ADLE MONGES, YEIMY ROSSANA	3.881
ADORNO FRANCO, JORGE BUENAVENTURA	2.7551
AGUERO HALLEY, VICTOR JAVIER	3.9767
AGUILERA JARA, CLAUDIA MARIA	4.0238
ALCARAZ DIAZ, VICTOR AGUSTIN	2.8182
ALCARAZ HEREBIA, LIZ NATALIA	3.881
ALIENDRE MOREL, EMIGDIO	3.1837
ALVARENGA GONZALEZ, TERESITA RAMONA	3.1633
ALVARENGA PORTILLO, MARIANELA SOLEDAD	3.5227
ALVAREZ NUÑEZ, NATHALIE ROSALIN	3.5581
AMARILLA LOPEZ, RICARDO ALBERTO	3.6829
AMARILLA RAMIREZ, CARMEN LORENA	3.2292

Observación: para la generación de datos se toman los certificados de estudios procesados en el año 2003.

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
ANTUNEZ RIVAS, MARIO ANTONIO	3.3409
AQUINO BISCOTTI, DIANA PATRICIA	3.9512
AQUINO LOPEZ, CARLOS MARIA	4.0244
ARANDA FILARTIGA, PATRICIA	3.4681
ARANDA RAMIREZ, LEONARDO RODOLFO	3.3721
ARCE LEIVA, JUAN MANUEL	3.3636
ARCE RODRIGUEZ, EDGARDO ADALBERTO	3.8781
AREVALO DE NOGUERA, NORMA LUCIA	1.8554
ARIAS AYALA, DORIS ELDA	4.1707
ARRUA, CARLOS ALEXIS	4.0976
ARTAZA MERELES, RUBEN ANTONIO	2.8302
ASTIGARRAGA MENDOZA, NIDIA ARSENIA	2.7692
AVILA MEZA, JUAN CARLOS	3.7381
AYALA BLANC, ROGER CESAR	3.2222
AYALA DUARTE, TERESA	2.6346
AYALA RUIZ DIAZ, CARLOS JAVIER	2.8913
AYALA RUIZ DIAZ, CESAR GUSTAVO	3.4651
BAEZ LLAMOSA, ELADIO RAMON	3.0222
BAEZ ARGAÑA, DANIEL ANTONIO	2.9778
BAEZ, FRANCISCA BEATRIZ	3.5238
BAJAC CAZAL, LUCILA MARIA LUISA	4.2727
BAJAC DE PLANAS, CARMEN MARIA	4.439
BALBUENA TORALES, VICENTE ARNALDO	4
BARBOZA VALIENTE, DIANA ESTER	4.1707
BAREIRO ROTELA, LISA ROMINA	3.7073
BARRETO ALFONSO, PABLINO DANIEL	3.5111
BEJARANO MARTI, MAURICIO DAVID	3.9048
BENITEZ ALVAREZ, IVONNE ESTEFANIA	3.7556
BENITEZ DE WAGNER, TERESA DEJESUS	2.2963
BENITEZ MENDIETA, ALCIDES ANICETO	3.7046
BENITEZ VELAZQUEZ, TOMAS ANTONIO	3.7857
BENITEZ VERA, MARCOS ANTONIO	4.0714
BENITEZ VERA, NOELIA	3.8372
BENTO BAEZ, ANA DORA	3.6667
BERNIS ALLEGRETTI, GRACIELA MARIA NICOLASA	4.8049
BOBEDA ANDRADA, MARIA LETICIA	4.4878
BOGARIN GAMBA, SILVIA NATALIA	3.6
BOY ESCUMBARTI, DALIA BETINA	2.6667
BRAMBILLA ARESTIVO, RODRIGO FRANCISCO	4.439

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
BRAVARD MORENO, MIGUELANGEL	4.5366
BRITOS ESQUIVEL, JOSE MARIA	3.2046
BUSTOS MARTINEZ, HILARIO FRANCISCO	4.1667
CABALLERO GARCETE, NESTOR RAUL	4.2857
CABRERA RIVEROS, DANIEL ALEJANDRO	3.5814
CACERES CESPEDES, FERNANDO	3
CACERES GODOY, ANA CAROLINA	2.9773
CACERES GODOY, MARIA ELENA	2.7391
CACERES MARMOL, BLAS DANIEL	2.5625
CANDIA IBARRA, MIGUEL RICARDO	3.3721
CAÑETE DE GONZALEZ, LOURDES CRISTINA	2.9535
CANTERO VILLALBA, MARIA DEL PILAR	3.9268
CARDENAS RODRIGUEZ, NATHALIA GABRIELA	3.5
CAREAGA ARAMBULO, VICTOR ANDRES	3.381
CARRERAS OLMEDO, EMILIO RUBEN	3.7619
CARRIZO, VANESA CAROLINA	4.439
CASTILLO MARTINEZ, PATRICIA FAUSTINA	3.8333
CENTURION VERA, CHRISTIAN DAVID	3.2791
CENTURION VILLALBA, LUIS MARIA	4.3415
CIKEL SILGUERO, ERWIN ALEXANDER	4.5366
CORONEL, MIGUEL IGNACIO	3.1111
CORREA OJEDA, ANA MARIA	4.0488
COSTAS ARRIAGADA, JOSE MANUEL	3.1395
CUBILLA GARAY, CLAUDIA VENANCIA	3.3261
DAVALOS BENITEZ, MIRTHA SUSANA	3.5909
DAVALOS CHAVEZ, ESTHER CAROLINA	4.439
DIAZ ALEGRE, ENRIQUE AMADEO	2.6596
DIAZ ARECO, BENICIO	4.8537
DIAZ PITA, ALEXIS MANUEL	4
DOLDAN BREUER, MANUEL NICOLAS	4.9756
DOMINGUEZ RUIZ DIAZ, MARIA MONTSERRAT	4.3902
DOS SANTOS JARA, ROCIO CONCEPCION	4.3659
DUARTE CESPEDES, DIEGO FABIAN	4.4286
DUARTE COSCIA, HECTOR MANUEL	4.3171
DUARTE DE MARECOS, ADRIANA MABEL	2.7736
ECHEGUREN CUEVAS, MARIA GRACIELA	3.9048
ECHEVERRIA CARDUS, ROSA MILA	4.3571
ELIZECHE GONZALEZ, MARCELO DANIEL	3.381
ENCINA ALDER, JORGE ISAAK	3.7727

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
ERICO, GUSTAVO ADOLFO RAMIRO ARSENIO	3.5227
ESCOBAR PORTILLO, GLADYS	3.9762
ESPINOLA ARECO, CELESTE AZUCENA	3.9512
ESQUIVEL ISNARDI, CARLOS DANIEL	3.6191
FACCIOLI CACERES, PABLO DANIEL	2.8958
FERNANDEZ DE NESTOSA, RODRIGO	4.5122
FERNANDEZ OSORIO, DIEGO RAMON	4.0488
FERREIRA CHAVEZ, LIDA AURORA	4.5366
FERREIRA CHAVEZ, OSCAR ANDRES	4.6585
FERREIRA MORINIGO, DANIEL JOSE	2.8478
FIGUEREDO CANDIA, DAVID DE LOS SANTOS	3.1591
FISCHER SCHENK, ROMY	4.4878
FLEITAS BELOTTO, EDGARDO ISMAEL	4.0732
FLEITAS VALDEZ, NERI WALTER	4.2571
FLORENTIN CUETO, RAUL ESTEBAN	4.55
FLORENTIN QUIÑONEZ, MILCE MARIA CELESTINA	4
FLORES BARRETO, SONIA RAQUEL	3.0222
FRANCO QUEVEDO, CLAUDIA LORENA	4.0238
FRUTOS RUOTTI, PLINIO ANTONIO	3.7209
FUSTER GONZALEZ, BELEN REGINA	4.0286
GADEA QUIÑONES, FERNANDO MARTIN	4.2143
GALEANO BOGADO, HERNAN RICARDO	4.1951
GALEANO DELGADILLO, RODRIGO RENE	4.8293
GALEANO FRUTOS, MARIA VERONICA	3.9268
GALEANO GRAUPERA, CLAUDIA VANESSA	4.5366
GALEANO OCAMPOS, FRANCISCO JAVIER	4.0238
GALEANO RAMIREZ, ROSSANA MARIA ALICIA	3.8049
GAONA LOPEZ, GABRIELA	4.2195
GARAY ECHEVERRIA, DELIA CONCEPCION	2.3833
GARCIA DE ZUÑIGA COLMAN, JUAN MARCELO DE JESUS	4.6098
GARCIA PALACIOS, ANA CRISTINA	4.439
GARCIA ROA, ANGEL DANIEL	3.7209
GARRIDO BENITEZ, LUCIANO	2.7442
GAUTO BAEZ, NOELIA MARIA	4.2927
GAUTO MARECOS, MARIO RAMON	3.6744
GILL STUMPFS, FELIX OSCAR	4.1395
GIMENEZ CACERES, JOSE MIGUEL	4.4878
GIRALA LOPEZ, MERCEDES CAROLINA	3.9744
GOMEZ DE LA FUENTE ANTUNEZ, DELIA SUSANA	3.4546

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
GOMEZ FRETES, KARINA FABIOLA	4.6829
GOMEZ PERALTA, CARLOS ALBERTO	3.9268
GONZALEZ AGUILERA, MARTA ELIZABETH	2.2679
GONZALEZ ARANDA, CESAR LUIS	4.122
GONZALEZ GONZALEZ, LENI NOEMI	3.4186
GONZALEZ MALDONADO, MARCO AURELIO	4.561
GONZALEZ VICIOSO, CARMIÑA MARIA FELICIA	4.1429
GRABNER, HANNES	4.6585
GUERRERO DE MARTINEZ, LUZ ANALIA	4.5366
GUERRERO ESCOBAR, PATRICIA	3.5122
GUTIERREZ ZELAYA, PATRICIA ELIZABETH	4.3659
HEINICHEN MANSFELD, MARIA VICTORIA MARLENE	4.2381
HELLMERS ABENTE, MARIA LAURA	4.6098
IBARRA BRITEZ, JOSE GREGORIO	3.8571
IBARRA LLANO, LEONARDO	4.0465
INSFRAN FIGUEREDO, ANATOLIA	2.1455
INSFRAN IRALA, GUSTAVO ALFREDO	4.1463
INSFRAN PERALTA, RUBEN ALFREDO	3.1087
INSFRAN SANTACRUZ, LINDA ERNA CAROLINA	4.3902
IRIGOITIA GONZALEZ, MARIA GRACIELA	3.2245
ISASI GOMEZ, CLARA RAQUEL	3.3044
JARA GAONA, MYRIAN ROCIO	3.3095
JUNCO VILLASANTI, CAROLINA CLOTILDE	2.4426
KANAZAWA UMEYAMA, MIRI MIRIAN	3.9231
KETTERER SOSA, GILBERTO EDUARDO	4.0732
KONJATI DE BENITEZ, LUZ MARIA	4.2195
KUNZLE PRANTL, LUIS GUILLERMO	4.0238
KURITA KASAI, JOSE SEIKI	4.1707
LARA YEGROS, JOSE MARIA	2.8654
LEBRON PAREDES, CAROLINA GABRIELA	4.6829
LEGUIZAMON MORRA, DANTE ARIEL	3.9268
LEIVA GOMEZ, VICTOR RAUL	3.6279
LESME DELVALLE, ALFREDO MARCIAL	3.2273
LEZCANO GODOY, MANUEL ALFREDO	4.3902
LEZCANO QUATTROCCHI, MARCELO DANIEL	4.3171
LIAL ESPINOZA, ARTEMIO RUBEN	3.4186
LLANO VIDALLET, VICTOR JOSE	3.6667
LOGVINIUK SORDIAN, ANA ESTHER	4.3902
LOPEZ AQUINO, VICTOR JAVIER	4.2143

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
LOPEZ AYALA, JUAN CARLOS MARIA	3.3182
LOPEZ ESCOBAR, PEDRO ARISTIDES	4.0976
MACHUCA CARDOZO, MABEL CRISTINA	3.3261
MACIEL RIVEROS, DERLIS PATROCINIO	3.2391
MAIDANA TORRES, ANA MARIA	4.5122
MARIN RODRIGUEZ, DARIO RENE	3.6136
MARTINEZ DE CAMPUZANO, NORMA CAROLINA	4.0256
MARTINEZ FERNANDEZ, EVER LUIS MARIA	4.5
MARTINEZ FLEITAS, MARLENE	3.6429
MARTINEZ MOLINAS, BERNARDINO	2.8542
MARTINEZ SOSA, FRANCISCO JAVIER	4.122
MARTINEZ, NATHALIA MARIEL	4.2195
MEDINA PEÑA, DIONICIO	3.0213
MENDEZ ESPINOLA, CARLOS ANTONIO	3.8293
MENDOZA BALMACEDA, VIOLETA DEYANIRA	4.5122
MEYER PEREIRA, RICARDO	3.5116
MEZA DE VELAZQUEZ, GRACIELA CONCEPCION	2.7037
MEZA GIMENEZ, MARIA CONCEPCION	4.1429
MEZA ZARACHO, ERNA MARYBEL	2.8367
MIERES DE INSAURRALDE, ROSANNA MARIA	3.3778
MIRANDA TORRES, IGNACIO FABIAN	4.0714
MOLAS AVALOS, NATALIA DEL CARMEN	4.7805
MORA FARIÑA, DANYA CATALINA	3.1539
MORA LOPEZ, EDITH CLAUDIA	3.0714
MORENO VITTONE, JUAN FRANCISCO	3.7857
MORINIGO BENITEZ, LORENA RAQUEL	4.7073
MORINIGO CACERES, PABLO JOSE	3.8333
MORINIGO LURASCHI, MIRNA CAROLINA	4.0244
NIZ CARBALLO, MARIBEL FABIANA	4.3659
NOGUERA ENCINA, LILIAN AGRIPINA	4.439
NOGUERA MORA, CLAUDIA RAQUEL	3.1522
NUÑEZ VIERA, FRANCISCO EMERSON	4
OCAMPOS ARAUJO, CARLOS NATALICIO	4.3659
OCAMPOS AVALOS, DANIEL MARTIN	3.8333
OJEDA DE MESTRAL, JORGE ARTURO	4.122
OJEDA ZELAYA, ROSSANA AGUSTINA	4.122
OLMEDO DUARTE, CARLOS RAFAEL	3.7941
OLMEDO LANSAC, SEBASTIAN	3.9762
ORTIZ CORONEL, HUMBERTO DARIO	2.875

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
ORTIZ GRANADA, ANIBAL DAVID	3.1628
ORTIZ RUIZ, MARIA JADIYI	4.2927
ORTIZ RUIZ, MERCEDES ESTELA	3.1364
ORUE FERNANDEZ, JOSE NICOLAS	4.4878
ORUE, OSVALDO	4.0976
OVELAR VERA, BLANCA LUZ RAIMUNDA	2.6122
OVIEDO ARAUJO, DARWIN ROBERTO	3.2857
OVIEDO RUIZ DIAZ, EDGAR ANTONIO	3.2326
OXILIA VERA, JOSE FERNANDO	3.6191
PAIVA GODOY, ROMINA MARIA	4.2195
PANGRAZIO DE ARRIGO, ANIBAL JAVIER	4.6098
PANIAGUA SOSA, LAURA LUCILA	3.5
PAREDES GARCIA, SALVADOR ENRIQUE	4.4878
PASTORE SANDOVAL, SONIA RAQUEL	3.2955
PEDROZO BERNI, ALICIA VERONICA MARIA	4.9024
PEÑA FRANCO, WALTER RAMON	3.381
PERALTA RODRIGUEZ, CHRISTIAN RAMON	3.9024
PEREIRA PAREDES, MARCO AURELIO	3.8333
PEREIRA, ROCIO CELESTE	3.2955
PEREZ CROVATO, LETICIA BEATRIZ	3.5111
PEREZ RIQUELME, ZAIDA LILIANA	2.788
PEREZ SALDIVAR, JUAN FRANCISCO	4.3659
PINEDA NUÑEZ, ALFREDO	2.3051
PINO LEQUIZAMON, RUBEN MARIO	2.7111
PREDA GALEANO, VICTOR EDUARDO	4.3659
PRIETO DELVALLE, ALMA DENICE	3.3409
QUIÑONEZ ACEVEDO, FRANCISCO	4.4878
QUINTANA VIÑALES, EMERSON DANIEL	4.6585
QUINTANA VIÑALES, OMAR JOSE	4.2
RAMIRES FRANCO, RAQUEL	4.122
RAMIREZ MEDINA, JORGE ELVIO	3.4872
RAMOS AQUINO, RAMONA RAQUEL	2.6667
REBOLLO, KARINA ELIZABETH	3.5854
RECALDE LEDEZMA, LIMPIA CONCEPCION	2.6818
RECALDE SILVA, FLAVIA LORENA	4.0732
RIDIS ROLON, SATURNINO RAFAEL	3
RIOS BRACHO, MYRIAM ELIZABETH	2.6
RIOS DE FELICE, NATHALIA LORENA	3.3409
RIQUELME ALVARENGA, ANDRES ADOLFO	3.881

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
RIVAS CUEVAS, MARICEL	4.0732
RIVAS MORALES, ROBERTO ROLANDO	3.4546
RIVAS PAVON, CESAR FAUSTINO	3.0682
RIVAS ROJAS, DOMINGO MARCELO	2.7
ROCHOLL CESPEDES, JUAN CARLOS	4
RODRIGUEZ ALCALA CHAVES, EDUARDO	3.3256
RODRIGUEZ PEREZ, ROSANNA	3.0426
ROJAS CANO, CARLOS ULISES	3.25
ROJAS MEZA, CLAUDIA MERCEDES	4.8537
ROJAS SOTO, EMILIANA	1.8691
ROLON AGUERO, CESAR FABIAN	4.3095
ROLON LOPEZ, SHIRLEY ROMINA	4.7561
ROMAN ZARACHO, JORGE LUIS	3.9756
ROMERO NARDELLI, MILNER GERMAN	3.6585
RUGILO VELAZQUEZ, JOSE LUIS	3.7805
RUIZ CAMPUZANO, FERNANDO EMILIO	4.5122
RUIZ DIAZ AYALA, LILIANA CONCEPCION	3.7073
RUIZ FERREIRA, PEDRO	3.3409
SAGUIER ABENTE, PEDRO PATRICIO	4.1707
SAMANIEGO ALVAREZ, SYLVIA	3.0816
SAMANIEGO ORTIZ, PATRICIA VIVIANA	4.4634
SANABRIA JARA, CRISTIAN ROBERTO	3.25
SANCHEZ ROLON, VICTORIA RAQUEL	4.6585
SANCHEZ SCHLUNK, ELA ADRIANA	4.6585
SANGUINES BIDONDO, SONIA DEL CARMEN	4.2439
SANNEMANN SEGOVIA, ELBA CATALINA	3.6
SANTACRUZ AYALA, FEDERICO DIOSNEL	3.7381
SCARONE CASCO, JULIO ERNESTO	4.7073
SCHMIDT ALIENDRE, JULIA ANALIA	4.119
SILVA MIEREZ, NATHALIA MARIA	3.2889
SIMEK, ADRIANA CLAUDIA	3.5581
SOSA DOMINGUEZ, OSCAR PEDRO JUAN	3.7381
SOSA MARTINEZ, CARLA ELENA	4.7561
SOTTO ESTIGARRIBIA, JORGE ALBERTO	2.9773
SPAINI RAMIREZ, MARIA LAURA	3.1861
STANLEY ZARZA, NORMAN JAVIER MARIA	4.5854
SUAREZ ALFONSO, FIDELINA CONCEPCION	2.5918
TOÑANEZ ORTIZ, RAQUEL	3.7174
TORRES FERREIRA, RAUL ALBERTO (Sobresaliente)	5

APELLIDOS Y NOMBRES	PROMEDIO
TORRES TORRES, ALBERTO RAMON	2.9792
VAESKEN DE YNSFRAN, CYNTHIA IRENE	4.1539
VALINOTTI DELMAS, JOSE EMILIO	3.6829
VALLEJOS CUQUEJO, RUBEN DARIO	2.75
VALLEJOS MENDOZA, ALEXIS MARIA	4.6098
VEGA DE RAMIREZ, ANTONIA	2.7021
VELAZQUEZ FRETES, PEDRO PABLO	3.125
VERA JIMENEZ, MARIA MONSERRAT	4.3902
VERGARA LAPIUK, NADIA LUZ	4.6585
VERZA TORRES, MARLENE CONCEPCION	3.9024
VILLALBA VARGAS, ELIDA SALVADORA	4.5854
VILLASANTI GONZALEZ, LUIS MARIANO CONCEPCION	4.7317
VIÑALES DE QUINTANA, MYRIAM FELICIANA	4.225
WEILER PEREZ, GUILLERMO ANTENOR	4.119

CARRERA DE NOTARIADO

NOMBRES	PROMEDIO
ACEVEDO CARDOZO, SILVIA NATHALIA	3.5882
ACOSTA SAMUDIO, JOSE LUIS	4.5333
ACUÑA PENAYO, GLADYS ESTELA	2.55
AGHEMO DE LORENZI, JOSEFINA NIEVES	4.3103
ALARCON GAMARRA, LORENA ANALY	3.4706
ALDER DE DUARTE, NANCYE ALINE	4.2353
ALMEIDA DE PEÑA, KARINA PAOLA	4.5294
AQUINO MARTINEZ, NANCY ELENA	3
ARCE AGUIRRE, ALBERTO EVARISTO	3.0303
AREVALOS CACERES, JORGE ANTONIO	2.8
BAEZ OTAZU, SONIA DIGNA	4.1333
BAREIRO AGUILERA, LIDIA LUISA RAQUEL	3.1936
BATTILANA DHOEDT, VICTOR RAUL	3.3333
BATTILANA ESTIGARRIBIA, SILVIA TERESITA	4.3103
BENITEZ RIERA, MARIA INES	4.1111
BERNAL KAUFELER, PATRICIA ROSANNA	4.5294
BOHN DE GIACOMI, RODOLFO JOSE	3.7
BORDAS ALVAREZ, PEDRO DANIEL	3.6129
BORGOGNON CALO, MANUEL ALFONSO	4.1177

NOMBRES	PROMEDIO
BRITEZ DE AYALA, DEMETRIA	3.0588
BRIZUELA ALVARENGA, DOMITILA BERNARDA	3.1177
CABRERA RUIZ DIAZ, MARIA CRISTINA	3.129
CHAPARRO MARTINEZ, KAREN	3.4118
CUELLAR GONZALEZ, JOSEFINA MERCEDES	3.1667
CUEVAS LOPEZ, MIRNA MARIA MONSERRAT	3.5484
DELVALLE VERA, LADY JISELA	4.4667
DENIS BENITEZ, CYNTHIA YSABEL	3.2778
DIAZ VERON, PEDRO ALEJANDRO	2.7647
DOLDAN ARRUA, MARIA GLORIA	4.0588
DOS SANTOS MELGAREJO, JOSE ANGEL ANDRES	4.3529
DUARTE DE ESPINOLA, RUTH NELLY	3.129
ECHEGUREN CUEVAS, ARMIN MANUEL	2.425
ELIAS, LAURA CONCEPCION	3.8276
ELIZAUR BRITEZ, GUSTAVO ENRIQUE	4
ESCOBAR ROLON, MARIA LINA	2.9714
ESPINOLA FLEITAS, PATRICIA	2.1395
ESQUIVEL MEZA, SONIA RAQUEL	3.0556
ESTIGARRIBIA MARIN, MARIA LUJAN	4.0588
FACCIOLI GIMENEZ, ANA CAROLINA	3.5938
FACCIOLI GIMENEZ, CLAUDIA ROCIO	4.3529
FERNANDEZ BILBAO, JOSE FELIX ALEJANDRO	4.5882
FERREIRA DE LOS RIOS, MYRIAN RAQUEL	3.7
FIGUEREDO INSAURRALDE, MARIA GENOVEVA	4.4138
FIORE SANCHEZ, ERNESTO RAMON	4.4211
FLORENTIN DIARTE, GUIDO REINALDO	2.7027
FRETES AQUINO, RODNEY EDUARDO	3.8235
GALIANO MORAN, LUIS ALBERTO	3.2188
GAONA DE FERNANDEZ, ANA TERESA	2.48
GAONA PEREIRA, LAURA FELICIANA	3.1579
GARCIA PORTILLO, MARIA LETICIA	2.9697
GIMENEZ PEREIRA, MARTA CAROLINA	4.8966
GINES NUÑEZ, MAURA FABIOLA	3.2059
GIRALA LOPEZ, ANA ELIZABETH	3.9474
GODOY AYALA, SERGIO JAVIER	3.9
GODOY LEGUIZAMON, MARIA CONCEPCION	4.2
GONZALEZ MALDONADO, MARCO AURELIO	4.4828
GONZALEZ RODAS, MARIA ALICIA	4.125
IBARRA GACHTER, MARIA ELIZABETH	3.8667

NOMBRES	PROMEDIO
KANG CHO, FELICIA	2.579
LAMARQUE FERREIRA, ABDEL ALBERTO	3
LARREA, MIRIAN BEATRIZ	2.7143
LLAMOSAS BRIZUELA, LOURDES ELIZABETH	3.0667
LURAGHI SARUBBI, SILVANA RAQUEL	3.931
MACHUCA MARECOS, ESTHER ALICIA	4.3333
MACIEL GUERREÑO, RUBEN	5
MARECOS NUÑEZ, MIRTHA CELESTE	2.55
MARECOS TORRE, CARLOS ENRIQUE	3.4688
MARTINEZ AGUILAR, ROSANNA ELIZABETH	3.5152
MARTINEZ AYALA, ELENA MARIA AUXILIADORA	3.0323
MARTINEZ DE AGUILERA, MARIA DEL CARMEN	2.8788
MARTINEZ ORTEGA, LORENA NOEMI	2.9143
MARTINEZ ORTIZ, ROSA CAROLINA	4.0588
MEZA DE LEGUIZAMON, ISABEL	4.2069
MONGES CACERES, CARLOS ALEXIS	3.5667
MORAN AVALOS, BEATRIZ OLGA	4.0588
NETTO PARODI, RAUL ARISTIDES	3.8333
NUÑEZ CESPEDES, YENNY PATRICIA	4.1765
OCAMPOS GIMENEZ, JOSE ANTONIO	3.6316
OLMEDO ESTIGARRIBIA, LAURA CAROLINA	2.5854
OLMEDO OLAVARRIETA, LUZ DIANA	3.7667
ORTIZ DE PRIETO, MARFILDA	2.2917
OTAZU MELGAREJO, MARIA LUISA	3.2
OVELAR DUARTE, VERONICA ELIZABETH	3.9333
PAEZ GONZALEZ, IRIS MARLENE	2.7619
PAVON DOLDAN, LAURA CAROLINA	3.8
PEÑA BADO, JOSE RUBEN	2.5
PEÑA RIOBOO, GENARO AUGUSTO	3.6471
PEREIRA PATIÑO, GUIDO RAMON	3.871
PERONI MANZONI, MARIA GUADALUPE MERCEDES	4.4667
PERONI MANZONI, MARIA VERONICA	4.7059
PIÑANEZ GARCIA, LUIS LIONEL	4.2759
QUIÑONEZ GAYOSO, FABIOLA TERESITA	2.75
RAMIREZ DE DECOUD, CARMELA INES	4
RECALDE RODRIGUEZ, OCTAVIO AUGUSTO	2.8788
RIERA GAMARRA, HILDA MARIA TERESITA	4.3793
RIQUELME MAIDANA, CARLOS IGNACIO	2.6857
RIVEROS DE CAPPONE, DENISSE MARIA	3.25

NOMBRES	PROMEDIO
RODRIGUES MALDONADO CHARRUFF, RODRIGO	2.9091
RODRIGUEZ BENTRON, MILDRED NADINA	3.0571
RODRIGUEZ LOPEZ, MARIA SILVIA	3.5484
SAMANIEGO CABRERA, GUSTAVO	3
SANABRIA MARTINEZ, MARIA PAOLA	3.4737
SANCHEZ LOPEZ MOREIRA, IVAN GENARO	4.3103
SAVORGNAN GONZALEZ, MARIA ALEJANDRA	3.5
SOSA AYALA, CESAR ALBERTO	3.4242
TAUBER VAZQUEZ, ALFREDO RODRIGO	4.2759
TORRES MARZANO, ISIDRO FERNANDO	4.1177
TORRES MOLAS, TERESITA	2.6111
TORRES OZORIO, CLAUDIA JEORGINA	4.4118
TRINIDAD RIOS, NILSA FABIOLA	2.7778
VEGA BENITEZ, MARIA FLORENCIA	3.2059
VELAZCO BORDON, ANGEL GUSTAVO	3.2903
VELAZQUEZ DE ANGULO, GLORIA CELESTE	5
VELILLA VDA.DE MARECOS, ALICIA ANTONIA	2.7778
VERON DE ARCA, ROSSANA AURORA	2.5
VILLAGRA PINO, SELVA LETIZIA	3.6774
WILDBERGER RAMIREZ, ADOLFO	4.5882
ZACARIAS DE QUIÑONEZ, LUISA ALEJANDRA	3.3226
ZACARIAS RECALDE, MARISOL SELVA TERESA	4.0667
ZACARIAS RECALDE, ROBERTO CARLOS	3.8966
ZANOTTI CAVAZZONI MESQUITA, LIA MARGARITA	4.5862
ZARATE GONZALEZ, ALBA ELIZABET	3.303
ZELAYA GONZALEZ, MONICA LAURA	2.8571

FILIAL CORONEL OVIEDO

NOMBRES	PROMEDIO
LEDESMA NARVAJA, LORENA AURORA	4.61
MARTINEZ PALACIOS, MARGARITA	4.56
LEDESMA NARVAJA, CARLOS DAVID	4.43
MERNES DE CARDOZO, NURIMAR	4.22
ROJAS MARTINEZ, FLORA ROSSANA	4.14
SERVIAN MELGAREJO, WILMA SOLEDAD	4.09
JIMENEZ MEDINA, BLAS MARIA LOURDES	4.07

NOMBRES	PROMEDIO
COUCHONNAL DE ECHAURI, MARIA CRISTINA	4.02
PRIETO TALAVERA, MARIO ALBERTO	3.73
GONZALEZ BRITEZ. JORGE ANDRES	3.62
MARTINEZ SILVA, RAUL ERNESTO	3.61
SALES DUARTE, HECTOR JOSE	3.61
MARTINEZ ARANDA, NIDIA MABEL	3.61
SEGOVIA VILLASANTI, GABRIEL	3.50
TROCHE ESCOBAR, RICHARD DANIEL	3.33
BUZARQUIS CACERES, ENRIQUE ANTONIO	3.26
COHLER SOLAECHE, LAURA ANDREA	3.26
OCAMPOS SEGOVIA, GLORIA BEATRIZ	3.13
MERCADO CHAVEZ, MARINA	2.68
AQUINO GODOY, ADALBERTO	2.39
AYALA CABALLERO, NELLY DE JESUS	2.08

FILIAL SAN JUAN BAUTISTA

NOMBRES	PROMEDIO
CUELLAR RIOS, HELIOS ANTONIO	4.73
LOPEZ OLMEDO, DELIA CONCEPCION	4.61
RAMIREZ AYALA, JUAN CARLOS	4.14
CESPEDES RIVEROS, EUDEBIO EDGAR	3.76
TORRES DE ESQUIVEL, AVELINA	3.73
CABALLERO ESCALANTE DE MARECOS, DEL PILAR	3.08
ROLON GAVILAN, LUCIO CLEMENTE	2.7

FILIAL PEDRO JUAN CABALLERO

NOMBRES	PROMEDIO
AGUIRRE GODOY, INGRID NATALIA	4.36
AVALOS FERNANDEZ, MARIA GRACIELA	4.22
SANTACRUZ VERA, RUBEN	3.71
FLEITAS DEMEO, ALFREDO	3.70
BAEZ PEREIRA. GLADYS VICTORIA	3.66
GOMEZ RUIZ, ENRIQUE	3.58

NOMBRES	PROMEDIO
ACOSTA GIMENEZ, FELIPA	3.43
FERREIRA DE GALEANO PERLA ADELINA	3.43
GRACIA, ROLANDO EDGAR	3.36
VALDEZ CESPEDES, OSCAR SAMUEL	3.24
MOLINAS DESVARS, FREDY FERNANDO	3.18
BOGADO FERNANDEZ, AURELIA	3.00
AGÜERO GIMENEZ, ALICIA	2.86
BAEZ VERA, ARISTIDES	2.84
GAVILAN VERA, BONIFACIA	2.67
MEDINA RIQUELME, VICTOR RAMON	2.60
NOGUERA LUGO, ELFIDIO RAMON	2.55
RODRIGUEZ ALVAREZ, LUZ MARINA	2.53
ARECO TORRACA, JOSE RUBEN	2.20
CRISTALDO ECHEVERRIA, DIGNA RAQUEL	2.18
YUNIS GOMEZ, DIANA LORENA	2.16
MARINEZ ROJAS, PEDRO ALBERTO	2.05

PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL
AÑO 2005

1. GESTION ACADEMICA

Es de gestión pública innovadora de carácter estatal, en lo que hace al aspecto financiero es centralizado, siendo el presupuesto **13.023.428.955 (trece mil veintitrés millones cuatrocientos veintiocho mil novecientos cincuenta y cinco guaraníes)** al año, cuyo propósito es brindar a la Comunidad Educativa los recursos necesarios con miras a lograr una formación competente y de calidad donde los alumnos/as construyan su personalidad, sean aptos profesionalmente, desarrollen su identidad nacional y cultura paraguaya en un ambiente armónico, a fin de que puedan vivir con madurez; aplicando sus potencialidades solidariamente como ciudadanos útiles a si mismos, como a su familia y a la sociedad paraguaya.

A) MARCO LOGICO

Area: Proyecto Académico

Objetivos generales

1) Fortalecer los conocimientos, capacidades y competencias de los egresados y egresadas para un desempeño competente en el ámbito laboral y profesional.

2) Promover innovaciones dentro de los sistemas de enseñanza curriculares que permitan la participación activa y personal de los estudiantes.

Objetivos especificos

1. Propiciar la formación de lideres y dirigentes con capacidad para realizar cambios en el campo que les toque actuar.

2. Consolidar programas innovadores que posibiliten a los estudiantes desarrollar proyectos de investigación en el marco de la Educación Superior.

3. Desarrollar la formación profesional con un sólido convencimiento de los conocimientos jurídicos, que garantice el estudio y solución de problemas para cambio social y desarrollo del país.

COMPONENTE	PROPOSITO	ACTIVIDADES	INDICADORES	PLAZO	RESPONSABLES	VERIFICACION	SUPUESTO
1- Perfil del egresado/a.	-Adecuación del alumno /alumna al perfil del egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.	-Reuniones con los estudiantes -Talleres pertinentes -Seminarios -Acciones, pertinentes a la carrera con la comunidad.	-Participación en las diferentes actividades realizadas. -Encuestas.	-De 2 meses en cada año académico por el termino de 10 años	-Dirección Académica y sus componentes. -Docentes	-Decano y/o Vice Decano	-Recursos humanos y financieros para las capacitaciones.
	-Inserción eficaz en las actividades. pedagógicas organizadas en el marco del PEI -Lideres capacitados para desarrollar proyectos específicos en la comunidad.						
2 - Plan de estudio	-Enfoque pertinente e innovador de los contenidos programáticos de las diferentes cátedras.	-Reuniones con los estamentos pertinentes -Seminarios- Jornadas con agentes externos -Evaluación. -Encuestas.	-Programas actualizados.	-De 2 meses a 10 años	-Dirección Académica y sus componentes. -Docentes	-Decano y/o Vice Decano	-Recursos humanos y financieros -Colaboración y participación del personal Administrativo y Docentes
3 - Proceso de enseñanza-aprendizaje.	Metodología de enseñanzas actualizadas, dinámicas y sustentadas en los paradigmas de la Educación Superior. -Proyectos trabajos, prácticos -Practicas pertinentes a la cátedras -Extensión universitaria	-Entrevista a alumnos/alumnas y profesores para diagnóstico Jornadas, Talleres sobre metodologías y técnicas de estudio	-Participación activa de los alumnos/alumnas en los, talleres, jornadas, entrevistas, encuestas, tasas de rendimiento	-1 a 10 años	-Dirección Académica y componentes	-Decano y/o Vice Decano	-Horas de clases disponibles para la participación de las actividades

4 - Normas de convivencia y aspectos ambientales	-Estudiantes capaces de transferir a su vida personal y profesional los valores éticos y morales contenidos en la Visión , Misión , así como en el Manual de Ética de la Facultad.	-Reuniones, seminarios, jornadas, talleres, Eventos Pedagógicos y Culturales, con especialistas externos y/o recursos humanos de la Institución.	Disminución sistemática de conflictos de carácter pedagógicos y/o comunitarios en la institución. Encuestas.	2 meses a 10 años	-Dirección Académica y componentes Docentes.	-Decano y/o Vice Decano	-Recursos humanos y financieros
5 - Malla curricular	-Currículos actualizados antes los desafíos de la Educación Superior, equivalentes en complejidad a los países de la región. -Programas actualizados periódicamente a fin de asegurar la pertinencia y validez de los diferentes contenidos. -Currículos innovados, adaptados a las nuevas tecnologías, así como a la metodología de la investigación científica.	- Jornadas de Formación de equipos de trabajo para el estudio de los niveles de concreción del curriculum institucional. Seminarios Talleres	-Currículos actualizados -Encuestas -Tasa de rendimiento académico -Tasa de promoción	1 a 15 años	-Consejo Directivo -Dirección académica y componentes -Docentes	-Decano y/o Vice Decano	-Recursos humanos y financieros -Espacio para la capacitaciones y jornadas de trabajo

AREA: PERSONAS

Objetivos generales

1.- Establecer directrices claras con la Comunidad Educativa de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, a fin de actualizar las competencias, estimulando la innovación permanente en los planes de estudios y en los métodos de enseñanza-aprendizaje, asegurando la calidad en la Educación Universitaria.

2.- Promover la formación permanente de la Comunidad Educativa, que le permita adquirir actitudes y competencias a fin de desarrollar la creatividad, pensamiento crítico y reflexivo.

Objetivos específicos

1.- Promover proyectos académicos que permitan la formación humana y profesional con calidad y pertinencia basados en la investigación, espíritu de indagación, creación intelectual e integral de los estudiantes.

2.- Facilitar una estructura dinámica, flexible que garantice un permanente ajuste, transformación y cambios para el logro de profesionales competentes.

3.- Desarrollar en los diferentes agentes de la institución la capacidad de captar e internalizar valores fundamentales y actuar en consecuencia con ellos.

4.- Promover evaluaciones de carácter formativo, tanto en la dimensión institucional como en las tareas que realizan alumnos y docentes, para mejorar la calidad en el proceso enseñanza-aprendizaje.

COMPONENTES	PROPOSITO	ACTIVIDADES	INDICADORES	PLAZO	RESPONSABLES	VERIFICACION	SUPUESTO
DIRECTIVOS	*Aplicación de propuestas metodológicas Diseñadas por el Director Académico*	*Reuniones, cronogramas, cuadro de responsabilidades*	*Participación de los directivos en jornadas de capacitación*	*2 meses en cada año académico por 10 años*	*Director Académico y sus componentes*	*Decano y/o Vice Decano*	*Rubros financieros para capacitación*
EQUIPO DE DIRECCIONES	*Desarrollo efectivo del PEI y utilización correcta de materiales disponibles Participación activa de eventos culturales*	*Talleres, Cuadro de responsabilidades, Actos culturales*	*Participación activa en las actividades programadas*	*2 meses en cada año académico por 10 años*	*Dirección Académica y Dirección Administrativa*	*Decano y/o Vice Decano*	*Rubros para capacitación y eventos*
DOCENTES	*Adecuación del plantel docente al perfil del egresado*	*Evaluación docente talleres y seminarios*	*Participación de los docentes en las actividades del proyecto*	*De 10 a 15 años*	*Dirección Académica y sus componentes*	*Decano y/o Vice Decano*	*Documentos financieros y documentos de archivo*
ALUMNOS	*Estudios adecuados acorde a la identidad y valores en su formación*	*Evaluaciones, encuestas, reuniones, seminarios y talleres*	*Tasa de promoción, y de retención. Participación de los alumnos en jornadas*	*De 10 a 15 años*	*Director Académico y profesores*	*Decano y/o Vice Decano*	*Documentos de archivo*
COMUNIDAD EDUCATIVA	*Inversión efectiva en las actividades pedagógicas sociales y culturales*	*Talleres, jornadas Eventos realizados en cooperación mutua en el marco del PEI*	*Participación en las diferentes actividades realizadas*	*2 meses en cada año académico por 10 años*	*Dirección Académica y sus componentes*	*Decano y/o Vice Decano*	*Recursos humanos y financieros*

b.-) F.O.D.A (Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas)

AREA: PERSONAS

FORTALEZAS	DEBILIDADES	OPORTUNIDADES	AMENAZAS
-Consejo Directivo -Apoyo directivo -Centro de estudiantes -Delegados de cursos -Recursos humanos suficiente -Trabajo coordinado en equipo -Participación activa de alumnos/alumnas y docentes en el desarrollo de clases -Alta demanda para las carreras ofrecidas -Profesionales competentes -Capacidad y experiencia de los docentes y directivos	-Aulas insuficientes -Escasos recursos tecnológicos -Procedimientos administrativos burocráticos -Crisis de valores -Poca disponibilidad de tiempo para reuniones y eventos culturales -Poca participación de docentes y estudiantes en los eventos culturales	-Capacitación permanente -Capacitación en el uso de los equipos de multimedia -Extensión universitaria -Normas de convivencia -Interés en lograr una educación de calidad -Personal administrativo capacitado y competente	-Deshonestidad de algunos dirigentes estudiantiles -Excesiva cantidad de alumnos/alumnas -Escasos recursos económicos -Carencia de sentido de pertenencia

ÁREA: PROYECTO ACADEMICO

FORTALEZAS	DEBILIDADES	OPORTUNIDADES	AMENAZAS
-Proyecto Educativo Institucional (PEI) - Coordinación eficaz -Optimización del periodo de clases -Trabajo coordinado en equipo -Programas actualizados y unificados -Apoyo directivo -Mayor participación en el desarrollo de clase de los profesores y estudiantes -Mejor organización y control de las actividades pedagógicas -Elaboración del Manual de Instrucciones Académicas -Diseño y elaboración Agenda 2005 -Disciplina académica	- Falta de infraestructura áulica - Falta de recursos tecnológicos - Escasos recursos financieros - Falta de motivación - Escasez de transporte de servicio público -Desidia de profesores y estudiantes en participar de las actividades culturales -Correlatividad de materias -Falta de documentación de los estudiantes en archivo -Resoluciones de traslados de filiales extemporáneos -Burocracia administrativa -Competencias y procedimientos centralizados -Falta de comunicación con radio transmisor -Falta del manual de funciones y cargos del personal administrativo -Falta de reglamento interno	-Ampliación curricular -Flexibilidad del currículo -Proyecto por cátedra -Extensión universitaria -Normas de organización y convivencia -Apoyo de las instituciones externas de la comunidad (Municipalidad, Centro de Salud, Comisaría, Parroquia, Cuerpo de Bomberos Voluntarios) -Personal capacitado y competente -Biblioteca, sala de informática, espacios deportivos y recreación	-Apatía -Crisis de valores -Poca seguridad en los alrededores de la Facultad -Falta de proyectos de incentivación para el uso correcto de los materiales didácticos en la biblioteca -Falta de recursos económicos -Robo de equipos de audio-amplificadores -Deshonestidad en la mayoría de los /las alumnos/alumnas -Indisciplina en normas de convivencia y urbanidades de los alumnos /alumnas

2.- INFRAESTRUCTURA

La Infraestructura se halla en constante mejoramiento y transformación con miras al futuro contándose con modernas instalaciones: **aulas de clase climatizadas, sala de conferencias, salones auditorios, Aula Magna, la biblioteca "Carlos Antonio López"**, es considerada como la más antigua entre las bibliotecas de la U.N.A, posee más de **diez mil ejemplares** de materiales bibliográficos, referente a las **Ciencias del Derecho, Notariado, Ciencias Políticas**, además cuenta con una **hemeroteca,** en distintos idiomas como ser: **inglés, francés, coreano**, **alemán**. La biblioteca cuenta con una adecuada y moderna infraestructura además de variados y actualizados textos tales como **diccionarios, enciclopedias jurídicas, memorias, anuarios directorios, tesis doctorales**, **obras de referencias** como así también **servicios de Internet y fotocopiadora.**

Para la **dirección, gestión, y prestación de servicios** la biblioteca dispone de dos profesionales en bibliotecología y sus correspondientes auxiliares.

La Institución posee un modernísimo polideportivo con canchas reglamentarias de **fútbol de campo, fútbol 5, baskeball, voleyball, con todas las comodidades necesarias como ser vestuarios para los jugadores y árbitros, como así también sanitarios damas y caballeros.**

Además, la Institución posee otras instalaciones complementarias como ser **parrilla, quincho,** y un amplio **espacio para estacionamiento vehicular.**

3.- CONTEXTUALIZACION

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, tuvo su origen en la escuela de Derecho, creada como institución anexa al Colegio Nacional de la Capital por ***Decreto, Ley del 12 de julio de 1882,*** *siendo Presidente de la República el Gral. Bernardino Caballero.*

La Escuela de Derecho fue clausurada por breve tiempo para **reabrir sus puertas en julio de 1888**. El plan de estudios fue presentado por el **Dr. Luis Caminos el 25 de junio de 1888.**

La Universidad Nacional de Asunción fue **creada en 1890** a iniciativa de un proyecto de ley presentado por el **senador José Segundo Decoud que fue sancionada el 24 de setiembre de 1889**, bajo la presidencia del **Gral. Patricio Escobar** y se desempeñaba como Ministro de Instrucción Pública el **Dr. Benjamín Aceval**.

La Universidad Nacional nacía con tres Facultades; Derecho, Medicina y Matemáticas. Como Rector fue designado el **Dr. Ramón Zubizarreta,** quien también se desempeñaba como Decano de la Facultad de Derecho. **En 1893** egresaron los primeros abogados y ese mismo año se fundó la Escuela de Notariado, cuyo primer Director fue **el Dr. Cecilio Báez.**

La Facultad de Derecho, tiene como base legal la Constitución Nacional, la Ley General de Educación, **Ley 136/93** de Universidades **el Estatuto Universitario del 19 de febrero del 2000,** de la Universidad Nacional de Asunción y las resoluciones del **Honorable Consejo Superior Universitario**.

La Institución Educativa Universitaria, funcionó en sus instalaciones de la **calle Yegros 269 casi Mcal. Estigarribia hasta el año 1998,** luego en julio del mismo año fue inaugurada la moderna sede en el **Distrito de Santísima Trinidad,** en una zona muy poblada, sobre **la calle Congreso de Colombia**, con los siguientes números telefónicos: **299.672 al 5**

Las modalidades Educativas que atiende son las carreras de **Derecho, Notariado, Ciencias Políticas y Ciencias Sociales.**

Con una **VISION**

"*La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, es una Institución que asume el desafío de la calidad educativa, potenciando la competitividad de conocimientos, habilidades profesionales y la investigación en el campo jurídico, con el logro de un alto grado de innovación y flexibilidad, asegurando la calidad y excelencia académica, basadas en la manifestación de la ética, el respeto y la valoración de la propia cultura*".

Y con una **MISION**

"*Brindar la oportunidad de sastifacer las necesidades e intereses de los estudiantes y de toda la comunidad educativa, promoviendo la formación de profesionales al servicio de la sociedad, inspirado en los valores de la*

libertad, justicia, equidad y patriotismo; propendiendo acciones a través de la actualización continua, extensión universitaria y técnicas de investigación, facilitando a los futuros profesionales, adquirir las competencias para el desarrollo de su vida personal y profesional".

Esta Institución educativa apunta como valores y creencias fundamentales:

VALORES	**CREENCIAS**
AMOR A DIOS	➢ *Es una institución, que respeta la libertad de culto.*
ETICA	➢ *Es una institución, formadora de personas capaces de cumplir roles morales*
RESPETO A LAS PERSONAS	➢ *Es una institución, que fomenta el respeto a las personas como centro de la verdad, bondad, y belleza.*
JUSTICIA	➢ *Es una institución que, promueve en las prácticas cotidianas la justicia a través de acciones concretas de situaciones educativas.*
HONESTIDAD	➢ *Es una institución, que inculca y estimula el valor de la honestidad como una cualidad y habilidad que, participan activamente como miembros de una sociedad.*
PATRIOTISMO	➢ *Es una institución, que inculca el patriotismo basado en la creatividad cultural con características que definen su identidad.*
EQUIDAD	➢ *Es una institución, que fomenta la igualdad, objetividad, legalidad y firmeza durante la formación profesional a fin de proyectarse.*

SOLIDARIDAD

- *Es una institución, que impregna el espíritu cooperativo y comprensión utilizando diversos lenguajes y códigos.*

RECURSOS HUMANOS

Se fomenta el relacionamiento organizacional a través de un organigrama, cuyos componentes jerárquicos son: **el Honorable Consejo Superior Universitario, el Rectorado, el Honorable Consejo Directivo** conformado por el Decano, Vice Decano, **Miembros Titulares**: con 8(ocho) Docentes, 1(un) Abogado representante no docente y 3 (Tres) representantes estudiantiles.

Miembros Suplentes: 2(dos) Docentes, 1(un) Abogado y 3(Tres) Estudiantes universitarios.

Representantes ante el Consejo Superior: 1(un) miembro titular, 1(un) miembro suplente.

Representantes ante la Asamblea Universitaria: 3(Tres) miembros titulares: Docente, no Docente y 1(un) Estudiante. 3(Tres) miembros suplentes: Docente, no Docente y 1(un) Estudiante.

También cuenta con un **Secretaria General** y las diferentes **Direcciones: Dirección Académica, compuesta por el Departamento de Apoyo Técnico Pedagógico, Asistentes Académicos, Equipo Técnico, Asistentes Pedagógicos, Sección Archivo, Sección Biblioteca, Sección Fichas, Dpto. de Procesamiento de Datos, Secretaria de Filiales; Dirección Administrativa y Financiera, Dirección de Recursos Humanos, Dirección de Asistencia Legal a Personas de Escasos Recursos**, **Dirección de Post-grado, Institutos de Investigaciones Jurídicas, Dirección de Convalidación, Servicios Generales y Servicio de Seguridad**.

El Claustro Docente está conformado por 131 catedráticos en la Sede Central y 126 catedráticos en las Filiales, formados en su mayoría con grado de **Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogados con Post- Grado en Didáctica Universitaria y Licenciados.**

Actualmente cursan sus estudios en la Institución (**Sede Central, Filiales y Secciones) más de 8.163 alumnos/as en las carreras de Derecho,**

Notariado, Ciencias Políticas y Ciencias Sociales, la formación de los mismos se sustenta en los fines de la Educación Paraguaya, buscando que éstos construyan su personalidad, se afirmen profesionalmente y formen su identidad nacional y cultural, mejorando de esta forma su nivel y calidad de vida ,estando inmersos dentro del país y el extranjero, egresados con alta calificación universitaria, constituyendo un engranaje social altamente comprometido como: **Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Ex Ministros de la misma, Ex Presidentes de Estado, Magistrados, Senadores, Diputados, Secretarios de Estado,** entre otros que paralelamente constituyen un compromiso con la Comunidad Educativa Universitaria.

PROYECTO ACADEMICO

El Proyecto Académico, aborda lo estipulado conforme a los planes de estudios, aprobados por el **Honorable Consejo Directivo** y homologados por el **Honorable Consejo Superior Universitario,** contemplándose las exigencias de trabajos prácticos, metodología de la investigación**,** extensión universitaria y técnica de juicio oral implementados por las diversas áreas del curriculum**.**

Los Programas de Estudios de las diferentes **cátedras abarcan contenidos actualizados**, según los diferentes paradigmas de la Educación Superior Universitaria, basados en la realidad social, que implica cambios pertinentes en las diferentes Cátedras, equivalentes en complejidad al Currículum de los países del **MERCOSUR.**

Se tiene en cuenta la correlatividad de las Disciplinas a fin de **respetar el proceso progresivo y continúo del desarrollo curricular**. Así mismo, se introducen paulatinamente los delineamientos **estratégicos para la implementación de Proyectos Educativos por Cátedras**, con contenidos programáticos actualizados y adecuados, **enfoques y metodologías pedagógicas,** con sentido de innovación y énfasis en la ética profesional, como un servicio a la sociedad, teniendo en cuenta que un país se proyecta y progresa con el esfuerzo de todos, dentro de **un espacio democrático y convencional.**

Promueve una transformación profunda en la formación de sus alumnos/as, sobre la base de un desarrollo humano, promotora eficaz de la cultura fundado en la justicia, equidad, democracia y la libertad, mejorando al mismo tiempo la pertinencia y la calidad de sus funciones de docencia, investigación y extensión, ofreciendo igualdad de oportunidades a todas las personas a través de una educación integral.

En materia de evaluación, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, enfatiza una revitalización de la función evaluativa como apoyo al mejoramiento de la calidad de la educación superior, acentuando la participación activa, complementaria y conjunta de profesores y alumnos/as, centrando en el proceso de la enseñanza e ideas claves que permitan a los estudiantes, se conecten a las parcelas de conocimientos, destrezas, conceptos, e ideas que necesitan para alcanzar un aprendizaje significativo.

La Dirección Académica en consenso con los profesores establece el número de evaluaciones parciales, el formato, y el porcentaje asignado a las calificaciones parciales, trabajos prácticos y a la prueba final de cada materia, en función de las características particulares de cada asignatura, no obstante y para efectos de certificación, las calificaciones finales de cada curso, son convertidas automáticamente a su equivalente en el rango de uno a cinco de tal manera, que en todos los certificados emitidos por la facultad, figure la calificación final porcentual obtenida por el alumno/a en cada curso.

CALENDARIO ACADEMICO
AÑO LECTIVO 2005

Febrero	Extensivo al mes	Actividades
1		➢ Inicio de actividades académicas y administrativas. ➢ Apertura de inscripción para los Exámenes Complementarios.
7		➢ Inicio de exámenes complementarios sin suspensión de clases.
Fecha a confirmar		➢ Claustro Docente
Fecha sujeta a Claustro Docente		➢ Presentación del Proyecto Educativo Institucional al Consejo Directivo, Decano y Comunidad Educativa.

Marzo	Extensivo al mes	Actividades
7		INICIO DE CLASES – Informe de requisitos para habilitación de las respectivas cátedras, presentación de trabajos prácticos, extensión universitaria e investigación de campo y plazos para la presentación de los mismos, ajustándose a la Reglamentación respectiva.
7 al 11		Desarrollo del P.E.I.: Area Proyecto Académico: Componente Malla curricular
8 al 30		Reunión con Profesores por área de las Carreras de Derecho y Notariado con la Coordinadora Pedagógica
24 al 25		SEMANA SANTA
28		Finalización de exámenes complementarios

Abril	Extensivo al mes	Actividades
1		➢ Examen de Admisión a las diferentes carreras
1	31 de agosto	➢ Inicio del periodo de matriculación ordinaria
7 al 8		Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
10 al 11		➢ Reunión del Equipo Técnico y el Dpto. de Apoyo Técnico Pedagógico con el Director Académico
18	6 de junio	➢ Inicio del Periodo de Regularización de exámenes
18 al 23		Acto de Bienvenida a los ingresantes
19		➢ Desarrollo del P.E.I: Area Personas: componente Docentes -Jornadas pedagógicas - Evaluación y Acreditación por el mes del Docente. -Gestión Docente ante los desafíos de la Educación Superior Universitaria.
28		➢ Lanzamiento de los Proyectos de Extensión Universitaria: áreas: Penal, Civil, Niñez y Adolescencia, Laboral.
26 al 29		➢ Desarrollo del P.E.I: Area Personas, componentes: alumnos/alumnas ➢ Aplicación de Encuestas socio-económicas a los/as alumnos/alumnas del Primer y Segundo Cursos
29		➢ Festejo Día del Maestro – Acto Cultural

Mayo	Extensivo al mes	Actividades
5 al 6		➢ Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
9 al 13		➢ Festejo por el Día de la Independencia Patria y Día de la Madre.
16 al 20		➢ Jornadas con la Filial de San Juan Bautista y la Sección de Quiindy

23 al 27		➢ Informe del avance del P.E.I.
23	10 de junio	➢ Recepción de las propuestas de los exámenes por parte de los delegados de cursos.
30	03 de junio	➢ Apoyo pedagógico al desarrollo de los proyectos por cátedra y extensión Universitaria

Junio	**Extensivo al mes**	**Actividades**
06		➢ Finalización del Periodo de Regularización de Exámenes
6 y 7		➢ Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
8 al 30		➢ Elaboración de estrategias para el diseño del Proyecto Educativo Institucional
11 al 13		➢ Festejo por el Día de la Paz del Chaco a los Excombatientes
13 al 17		Desarrollo del Proyecto Educativo Institucional. Area Proyecto Académico: componentes: normas de convivencia y aspectos ambientales. Lanzamientos: proyectos : Ecología Universitaria
20 al 30		➢ Actividades Académicas con las filiales y secciones de la facultad (a nivel Docentes: Caacupé, Coronel Oviedo y Pedro Juan)

Julio	**Extensivo al mes**	**Actividades**
4 al 8		➢ Informe de rendimiento de los alumnos y alumnas y autoevaluación.
4 al 8		➢ Presentación de Horarios de exámenes e integración de las Mesas Examinadoras de la Sede Central, Filiales y Secciones al Decano.
7 y 8		➢ Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
11 al 15		FERIA UNIVERSITARIA

18 al 21		➢ Publicación de los Horarios correspondientes al Periodo ORDINARIO
25 al 29		➢ Orientación vocacional para alumnos y alumnas del Primer Curso

Agosto	**Extensivo al mes**	**Actividades**
4 y 5		➢ Reunión de Equipo Técnico con el Director Académico.
8 y 9		➢ Entrega de resúmenes de Ausencia del Personal Docente al Decano, para su remisión al Consejo Directivo.
12		➢ Cierre de periodo de recepción de pedidos de exoneración de asistencia a clases.
16 al 19		➢ Acto cultural – Fundación de la Ciudad de Asunción
01 al 12		➢ Encuesta a profesores sobre la disponibilidad de tiempo para la administración de los exámenes en las Filiales y Secciones.
31 agosto		➢ Finalización de las actividades académicas de los alumnos del 4to., 5to. y 6to. cursos

Septiembre	**Extensivo al mes**	**Actividades**
2 y 3		➢ Reunión del Equipo Técnico con el Director Académico.
05	21 de Diciembre	➢ Inicio de exámenes ordinarios, cada quince días, para los alumnos del Cuarto, Quinto y Sexto Cursos.
12 al 16		➢ Finalización de las actividades académicas de los alumnos del 1er., 2do. y 3er. cursos
17 al 21		➢ Evaluación del Proyecto Educativo Institucional
30	05 de octubre	➢ Control de Libros de Cátedras con los bedeles a fin de preparar el informe final ha ser elevado al Decano y al Consejo Directivo de las clases impartidas por los profesores de las diversas categorías.

Octubre	**Extensivo al mes**	**Actividades**
3	21 de Diciembre	➢ Inicio de exámenes Ordinarios cada quince días para alumnos del Primer, Segundo y Tercer Cursos.
3 al 28		➢ Elaboración del Proyecto Educativo Institucional y Calendario Académico 2006
10 al 12		➢ Reunión de Equipo Técnico con el Director Académico.
17 al 21		➢ Evaluación del Proyecto Educativo Institucional

Noviembre	**Extensivo al mes**	**Actividades**
1	21 de Diciembre	➢ Prosecución de exámenes ordinarios en la Sede Central, Filiales y Secciones
21 al 30		➢ Entrega de los informes finales del Equipo Técnico a la Dirección Académica

Diciembre	**Extensivo al mes**	**Actividades**
21		➢ Finalización de los exámenes del Periodo ORDINARIO.
26 al 30		➢ Elevar el informe final al Decano y al Honorable Consejo Directivo de las Tasas de Promoción; Deserción; Repitentes; Eficiencia; Costo Producto ➢ Elevar el informe final al Decano sobre rendimiento académico en porcentajes de la matricula de la institución; con las diversas calificaciones obtenidas.

Observación: El lapso de tiempo entre el periodo complementario y el periodo de regularización de exámenes es de quince días.

RESUMEN DE ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL CONSEJO DIRECTIVO AÑOS 2001 A 2004

Asunción, 4 de octubre de 2004.

Señor Profesor
Presente
De nuestra consideración:

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, a fin de poner a su consideración algunos aspectos que hacen al desenvolvimiento institucional en los últimos tres años, Período 2001-2004, en el cual nos hemos esforzado en hacer honor a la más rica tradición educativa en la formación del Estudiante de Derecho y Notariado, que una vez egresado, sobresale en la docencia, la magistratura y la política.

Pionera en el establecimiento de los estudios del nivel universitario en nuestro país no podíamos estar ausentes en la implementación de medidas orientadas a brindar un adecuado servicio en la senda que ha situado a nuestra institución. Como uno de los más importantes centros de excelencias en educación superior, en la búsqueda del más alto rigor científico.

En ese orden de conceptos y en muy apretada síntesis podemos mencionar algunos aspectos que, a nuestro criterio, han posibilitado alguna mejoría, como aportar, quedando por supuesto a criterio del señor profesor y la comunidad académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, justipreciar en su real dimensión el esfuerzo para la consecución de dicho fin.

I. DIRECCION ACADEMICA

Desde que llegamos al Honorable Consejo Directivo, nos hemos trazado el compromiso de profundizar las reformas desde el punto de vista académico. Así tenemos:

a) La implementación de los cursos de Notariado, en forma independiente con cierta autonomía científica y didáctica luego de casi 100 (cien) años de existencia como carrera dependiente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

b) Renovando el compromiso con la excelencia académica, que en este tiempo de cambios vertiginosos supone esfuerzo, trabajo, y una nueva mentalidad; una Universidad dinámica, preparada para liderar las transformaciones positivas y superar distorsiones. Ello implica una actitud decidida, en la búsqueda de la verdad y la promoción integral del hombre, mediante la formación social, científica y profesional de los estudiantes y su compromiso con la política como herramienta de transformación y búsqueda de la justicia social. Formar profesionales capaces de analizar críticamente el origen de la estructura y los cambios de los fenómenos sociales. Brindar los conocimientos para abordar los principales enfoques teóricos, metodológicos y técnicos desarrollados en el campo de las Ciencias Sociales, y de esta manera lograr un egresado capaz de planificar acciones y de intervenir activamente en el espacio socio-político. Fomentar una actitud de trabajo interdisciplinario en proyectos sociales. Nuevas posibilidades de desarrollo personal y profesional con proyección humanística en respuesta a los desafíos del Siglo XXI. *En este sentido, fueron habilitadas oficialmente las carreras de grado para la Licenciatura en Ciencias Sociales y Licenciatura en Ciencias Políticas*, concretando un largo anhelo de nuestro maestros predecesores, quienes a instancias del recordado Prof. Dr. Mario López Escobar ya habían planteado la necesidad de contar con una mayor cobertura en la oferta académica de nuestra más que centenaria casa de altos estudios, completando con ello la trilogía de carreras madres en la formación humanista, como lo son Derecho, Notariado y Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, quedando para el futuro, algunas gestiones para contar con la carrera de Diplomacia.

El sistema de admisión para estas carreras es a través del Curso Probatorio de Ingreso y el Examen de Ingreso. Una vez que el alumno ingrese a la Facultad cursará el ciclo básico común de dos años y dos cursos de especialización para cada carrera (Total 4 años).

c) En la misma línea de razonamiento, esgrimido en el punto anterior, es de destacar la incursión de nuestra Universidad, pública, autónoma, gratuita y laica, al interior de nuestro país, en el entendimiento que la Universidad no debe ser una institución aislada de la sociedad en que se desenvuelve y muy por el contrario, no debe escatimar esfuerzos en procurar erigirse en portaestandarte de la descentralización del Estado Paraguayo, y con ello evi-

tar la migración de nuestros compatriotas, ya en la capital o en otros países, privándole a nuestro país del aporte de sus conciudadanos que bien lo pueden desempeñar en las circunspecciones judiciales del interior. Así tenemos, aparte de las ya existentes filiales de Pedro Juan Caballero, Coronel Oviedo y San Juan Bautista Misiones, las secciones de Caacupé y Quiindy, que son cátedras que funcionan en el interior del país, todas estas filiales y sección del país, cuentan con una infraestructura adecuada para llevar adelante la enseñanza apropiada y casi todas ellas cuentan con local propio.

d) Las actividades de cuarto nivel o de postgraduación, se encuentran entre otros de los puntos fundamentales de nuestra agenda prioritaria y que procuran el cumplimiento de varios objetivos en forma simultanea, como ser: Están orientadas a brindar una formación más especializada que los cursos de grado, la profundización de la formación del graduado con el manejo activo y creativo del conocimiento y de adoptar la capacitación necesaria para el desarrollo de la investigación propia, ya sea para la defensa de la Tesis Doctoral, en Ciencias Jurídicas, Social, Políticas y/o Notariado, ya para la docencia con el curso de Didáctica Universitaria, o los Cursos de Maestría y Actualización.

e) Se está dando un impulso importante a las instituciones de Investigaciones Jurídicas, constituyéndose en vanguardia de actividades extracurriculares de aporte sustancial de la Facultad a la sociedad como retribución al esfuerzo ciudadano que costea parte de los gastos para el funcionamiento de esta colosal obra humana, cual es la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. En tal sentido, no se puede dejar de mencionar el pequeño aporte de nuestra institución, en la ayuda a los damnificados en el lamentable y trágico accidente del 1 de agosto, que ha enlutado a un sinnúmero de familias y muy en especial a vecinos de este distrito de Santísima Trinidad.

El llamado a concurso público y abierto de títulos, méritos y aptitudes para proveer de profesores a las distintas cátedras, fue una constante en el tiempo en que nos cupo desempeñarnos como Consejeros; en efecto, se llamó a concurso para proveer de profesores asistentes en todas las cátedras de las filiales y secciones en el interior, en la sede Central y en todas las cátedras de las filiales y secciones del interior del país, como así también en Notariado, en Ciencias Sociales y Ciencias Políticas y en todos los casos para el escalafonamiento para el cargo inmediato superior del docente.

En tal sentido se pueden mencionar algunos guarismos para que se tenga una idea acabada del movimiento de Reforma académica instaurada en la Facultad.

- Cátedras en concurso, categoría asistente, 82 sede central.
- Cátedras en concurso, categoría asistente, 123 filiales en el interior del país.
- Cátedras en concurso, categoría asistente, 24 secciones del interior del país.
- Cátedras en concurso, categoría asistente, 14 en la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas – UNA.
- Cátedras en concurso, categoría asistente, 31 en la Escuela de Notariado.

Cátedras en concurso, categoría asistente, total 274 (cargos concursados más o menos en los últimos años), sin contar los concursos para promoción de profesores antiguos de la casa, para acceder al cargo inmediato superior.

Esto equivale a unas 2.000 notificaciones para unos 500 postulantes y profesores integrantes del Tribunal Dictaminante del Concurso respectivo.

g) Los programas o contenidos de las asignaturas que integran el plan de estudios académicos de las carreras de Derecho, Notariado, Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, se están actualizando y próximamente se convocará a un claustro docente para revisar el currículum.

Se ha determinado también la organización de las cátedras en torno al Jefe de Cátedra, profesor más antiguo del escalafón en cada materia, y que se encuentra en el ejercicio de la docencia, a fin de que con ello se consiga una mínima unidad de criterio con respecto a la disciplina común a las cátedras.

Acorde a los cambios que supone una Universidad dinámica, la Dirección Académica en este período ha realizado innovaciones en el campo educativo. Así tenemos la conformación del Departamento de Apoyo Técnico Pedagógico. De éste se desprende un Equipo Técnico de Profesionales Espe-

cializados en el Area Educativa, quienes tienen a su cargo el apoyo constante al plantel docente y a alumnos de la institución en las actividades a realizar en cada período lectivo.

Esta Dirección vive un floreciente presente y un prometedor futuro, de acuerdo a informes documentales y gráficos del 95% de clases administradas por los señores profesores Titulares, Adjuntos y Asistentes Auxiliares de la Enseñanza; quienes en su mayoría poseen un buen nivel de competencia intelectual. Se destacan, además de los cambios sociales, la educación en valores. Los avances en el Rendimiento Académico superan el 70% por parte de los alumnos/as en los últimos exámenes administrados; esto detalla una respuesta adecuada en el ámbito de integración de las Mesas Examinadoras de la Sede Central, Filiales y Secciones por materias afines y correlativas; todos informados al Consejo Directivo y al Señor Decano de la Institución para su posterior remisión al Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Asunción.

Se considera de suma importancia la relación entre las secciones dependientes de esta Dirección; para lo cual, durante el año se han realizado diversas reuniones con los Jefes de Secciones en conjunto con el Departamento Técnico Pedagógico y el Director Académico, a fin de ajustar los criterios de gestión en relación al presente año lectivo teniendo presente el Calendario Académico presentado como cronograma de actividades al inicio de cada año. A través de la Dirección se realizaron entrevistas con profesores de diversas áreas del Derecho, a fin de recabar datos que sean precisos para el buen desempeño en la labor docente de esta Facultad.

Además de ello, se realizaron reuniones de trabajo conjuntamente con la Dirección Administrativa y Financiera y la Dirección de Recursos Humanos, en relación a los horarios de trabajo de las secciones dependientes de la Dirección Académica.

Se destaca la importante labor social y educativa que la Dirección Académica de la Facultad ha realizado en este periodo, donde se llevan a cabo actividades que apoyan al calendario académico además de las recordaciones patrias que estimulan a los jóvenes estudiantes de nuestras carreras la prosecución por un bienestar educacional que acompaña al bienestar personal y por ende una juventud sana para este país. Entre las actividades que así lo demuestran observamos respectivamente:

EDUCACIONALES

- JORNADA TALLER DE EDUCACION: A cargo del Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas, Director Académico; se desarrollaron cinco módulos y se contó con la participación del Decano, el Vice Decano, los Miembros del Consejo Directivo, además de funcionarios administrativos y delegados de los cursos de las carreras de Derecho y Notariado.

- JORNADAS DE PRE CLASES: Se llevó a cabo con la participación de profesores del primero al sexto curso tanto de la Sede Central, como de Filiales y Secciones de la Facultad. Es de importancia que actividades como éstas se lleven a cabo, pues las mismas permiten que los señores profesores tengan el criterio claro que esta Dirección desea, a fin de llevar a cabo el plan académico de acuerdo a las necesidades impuestas a los cambios que conlleva la educación continua de los jóvenes, acorde a los tiempos que les toque vivir.

- JORNADAS DEL ROL DOCENTE: A cargo de la Lic. Amalia Monges, dirigida a los señores profesores de la institución.

- TERCER FORO NACIONAL DEL VOLUNTARIADO (CONAVO): Declarado de interés cultural.

- Conferencia de la Ministra Prof. Dr. ALICIA PUCHETA DE CORREA.

- Acto del Prof. Dr. GUILLERMO DELMAS FRESCURA.

- Charla sobre Ley de Adecuación Fiscal.

- Charla sobre el Sistema Tributario.

- Seminario sobre el ALCA.

- Charla organizada por ATEJUS.

- SEMINARIO SOBRE DERECHO PROCESAL PENAL: A cargo del Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy.

- IV JORNADA DE DERECHO PENAL: A cargo del Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy.

- CHARLA: Dictada por la Lic. Laura Zayas Rossi, sobre cómo acceder al Concurso de Cátedra de la disciplina Sociología.

- CHARLA SOBRE LA CONSTITUCION VENEZOLANA: A cargo del Señor Embajador de la República de Venezuela.

- CONFERENCIA: Sobre "La globalización y la importancia del fortalecimiento de los lazos diplomáticos, culturales, comerciales e intercambio de tecnología entre Paraguay y Taiwán", dictada por el Embajador de la República de Taiwán el Señor Bing F. Yen.

- JORNADA DE JUICIO ORAL: Organizada por el Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy.

- ORIENTACION VOCACIONAL PARA ALUMNOS DEL PRIMER CURSO: A cargo del Equipo Técnico. Reunión de la Comunidad Educativa para la evaluación del P.E.I.

SOCIALES Y/O CULTURALES

- Celebración litúrgica por Semana Santa, con participación de docentes, alumnos y funcionarios de la institución.

- Recordación del Día del Indígena Americano, con la presencia de indios MAKA.

- Día Mundial del Libro y de los Derechos del Autor, feria de libros de autores paraguayos, donación de libros a la Biblioteca de la institución; actos realizados en el Aula Magna.

- Conmemoración del Día del Maestro y Día del Trabajador, actuación especial del Elenco Artístico y Cultural del Ministerio de Defensa Nacional. Entrega de obsequio a los docentes en su día.

- Recordación de la Independencia Nacional y Día de la Madre.

- Acto en memoria del poeta y escritor nacional ELVIO ROMERO, organizado por el Centro de Estudiantes.

- Recordación de la firma del Protocolo de la Paz del Chaco. Presentación de cadetes de la Academia Militar "Francisco Solano López" con

el simulacro de la TOMA DEL FORTIN BOQUERON. Presencia de miembros de la Unión Paraguaya de Veteranos, viudas, descendientes; además de Autoridades de la Facultad.

- Recordación de la firma del Protocolo de la Paz del Chaco, acto organizado en conjunto con el Centro de Estudiantes de la Facultad y con la presencia de veteranos, viudas y descendientes de la Guerra del Chaco.

- Acto Cultural en conmemoración a la Fundación de la ciudad de Asunción.

ACTIVIDADES APOYADAS POR LA DIRECCION ACADEMICA

- Acto de entrega de textos a la Biblioteca de la Facultad, con la presencia del Señor Decano, Miembros de Consejo Directivo, Funcionarios administrativos e invitados especiales.

- Examen de Ingreso a las distintas carreras de la institución.

- Acto de bienvenida a los ingresantes del año lectivo 2004.

- Lanzamiento del Libro de autoría del Prof. Dr. Bonifacio Ríos Avalos.

- Lanzamiento del Libro de autoría del Prof. Dr. Secundino Nuñez.

- Encuesta a Profesores que administrarán exámenes y conformación de las mesas examinadoras por materias afines.

II. CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO

El Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Asunción, para los temas sometidos a su consideración y que requieran un mayor estudio, deriva a las distintas comisiones creadas para el efecto, a fin de que éstas formulen dictámenes sobre los temas que recaigan en ellas.

Así, están conformadas las Comisiones Asesoras Permanentes de Asuntos Académicos, Administrativos, Legales, Especiales y otros.

Desde el año 2001 hasta la fecha, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. funciona la Comisión Asesora Permanente de Asuntos Legales; la misma es presidida por el Señor Decano Prof. Dr. CARLOS FERNANDEZ GADEA y como Miembros de la Comisión en carácter de Representantes ante el Consejo Superior Universitario, el Prof. Dr. FAUSTO PORTILLO ORTELLADO como Consejero Docente y en el período 2001-2003 como Estudiante el Abog. ROLANDO ALVARENGA.

Esta Comisión sesiona con regularidad a fin de considerar, estudiar y dictaminar todas las consultas de orden jurídico sometidas a su consideración; tarea de trascendental importancia para el buen funcionamiento del Consejo Superior Universitario, en el sentido de obtener respuestas técnicas, rápidas y eficaces del ámbito jurídico.

Asimismo, la Comisión Asesora Permanente de Asuntos Legales, se desdobla en Comisión Especial para el tratamiento de los concursos públicos y abiertos de títulos, méritos y aptitudes para proveer de Profesor Asistente, Adjunto, Titular y/o Confirmación de los mismos, de las Facultades de Ciencias Agrarias, Politécnica, Ingeniería y Arquitectura.

La cantidad de casos dictaminados respectivamente desde el año 2001 hasta la fecha, se detalla en el siguiente esquema:

COMISION ASESORA PERMANENTE DE ASUNTOS LEGALES

2001	2002	2003	2004
12 (doce) Expedientes	41 (cuarenta y un) Expedientes	6 (seis) Expedientes	10 (diez) Expedientes

COMISION ESPECIAL

2001	2002	2003	2004
25 (Veinticinco) Cocursos	225 (Doscientos veinticinco) Cocursos	5 (Cinco) Cocursos	138 (ciento treinta y ocho) Cocursos

El Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado, como Representante Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales ante el Consejo Superior Universitario de la UNA, asesora jurídicamente en el período que fenece como Consejero cumplió satisfactoriamente sus funciones ante tan alto cuerpo que tiene el Gobierno de la Universidad Nacional.

En efecto, participó activamente en los debates junto con el Señor Decano, evaluando consultas de orden jurídico como integrante de la Comisión de Asuntos Legales, que produjo dictámenes que afectan la marcha de las unidades académicas que conforman la Universidad Nacional de Asunción.

En representación de la Universidad, promovió la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia en fecha 19 de febrero de 2001 contra los artículos 1, 16, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 143 de la Ley de la Función Pública.

Por ACUERDO Y SENTENCIA Nº 1064 del 27 de julio de 2004 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia hizo lugar a la acción promovida por la Universidad Nacional respecto al Artículo 1º de la Ley 1626 del 24 de diciembre de 2000; y en consecuencia, con este fallo la Universidad Nacional de Asunción como ente autónomo consagrado en la Constitución Nacional - Artículo 79 - no es alcanzada por lo establecido en la citada Ley; por lo tanto, seguirá rigiéndose por lo dispuesto para el efecto por la Ley 136 de Universidades y el Estatuto Universitario.

III. OBRAS CIVILES:

A) Construcción de aulas para la carrera de Notariado: la habilitación de las mismas posibilitó que los alumnos de esta carrera desarrollen las clases en forma totalmente independiente de la carrera de Derecho.

FICHA TECNICA

Fecha:	Año 2003
Ubicación:	Congreso de Colombia del 70 y Stma. Trinidad
Comitente:	FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES-U.N.A. (FDyCS-UNA)
Contratista:	Ing. HUGO PATIÑO. (por Licitación de Obra - Nº 01/2002 de la FDyCS-UNA)

Proyectista: Arq. DANIEL PANIAGUA, Dpto. Mantenimiento y Obras-FDyCS-UNA.
Superficie construida: 398 m2.

DESCRIPCION

El proyecto responde a la necesidad de aprovechar al máximo el espacio adyacente, ubicado frente al lindero con la Estación de Bomberos, para dotar a la facultad de cuatro aulas para las clases de Notariado.

Parámetros de diseño:

1. Funcionalmente: aprovechar el espacio, salvando la vegetación existente, para la ubicación de cuatro aulas, con la continuidad del espacio de la "galería".

2. Formalmente: seguir los delineamientos de diseño y composición de la edificación existente, uso de galerías para la circulación, uso de paredes de ladrillo común a la vista, cabriadas metálicas, techo de chapa prepintada similar a la imagen formal existente.

DISTRIBUCION ESPACIAL

Tres Aulas de 9.00 x 9.00
Un Aula de 8.00 x 9.00
Empastado 200 m2..
Galerías 46 m2.
Area Exterior – piso de baldosones 100 m2.

La distribución espacial interior se complementa con las galerías, que es un aspecto característico del espacio de la Facultad.

B) Construcción de graderías para el Area deportiva en la cancha de básquet y fútbol que lleva la denominación COMPLEJO DEPORTIVO "PROF. DR. MARIO LOPEZ ESCOBAR", en homenaje a quien tuvo la visión de adquirir el predio para que en él se levantara el local de nuestra Facultad y este complejo. Esta estructura permite tener nuevos espacios tanto para el personal de la institución, así como también, para el alumnado, específica-

mente el Centro de Estudiantes de la Facultad que cuenta con el espacio propio para debates organizados por los mismos.

FICHA TECNICA

Fecha:	Año 2003
Ubicación:	Congreso de Colombia del 70 y Stma. Trinidad
Comitente:	FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES-U.N.A. (FDyCS-UNA)
Contratista:	M&T Construcciones S.R.L. (por Licitación de Obra - Nº 02/2002 de la FDyCS-UNA)
Proyectista:	Arq. DANIEL PANIAGUA, Dpto. Mantenimiento y Obras-FDyCS-UNA.
Superficie construida:	600 m2.

DESCRIPCION

Construcción de graderías tanto para la cancha de fútbol, como para la cancha de basket ball, más el quincho. Se trata de complementar las áreas recreativas deportivas, con graderías de Hormigón Armado, utilizando el espacio debajo de una de ellas (gradería de la cancha de fútbol), para la instalación de salones p/uso múltiple, Servicios Higiénicos sexados y Vestuarios y Servicios Higiénicos sexados como complemento de las actividades gremiales – académicas, y las actividades recreativas deportivas.

DISTRIBUCION ESPACIAL

Graderías para Cancha de Fútbol
Dimensiones de (7.00 x 50.00) – Volumen de Hormigón 150 m3. aprox.
Espacio debajo de las mismas para:
Cuatro Salones de 4.50 x 4.00 c/u
Dos Servicios Higiénicos de 3.00 x 3.50
Dos Vestuarios y Servicios Higiénicos de 4.15 x 10.00
Area exterior piso de baldosones de Hormigón 350 m2.

Gradería para cancha de Basket ball

Dimensiones de 5.00 x 30.00- Volumen de Hormigón 60 m3.
Borde alrededor de cancha de Hormigón 225 m2

Empastado 250 m2. aprox.

Construcción del quincho 100 mts.2, el mismo cuenta con servicio higiénico sexado, parrilla y depósito.

C) Construcción de la Sede de la Filial San Juan Bautista – Misiones cuyas aulas y oficinas permiten desarrollar cómodamente las actividades académicas y administrativas de dicha filial. La misma cuenta con título de propiedad de la Facultad de Derecho y los impuestos adeudados se han honrado en su totalidad estando al día este local propio de la Facultad.

FICHA TECNICA

Fecha:	Año 2003
Ubicación:	Ciudad de San Juan Bautista- Misiones
Comitente:	FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES-U.N.A. (FDyCS-UNA)
Contratista:	Ing. HUGO NAVARRO (por Licitación de Obra – Nº 03/2002 de la FDyCS-UNA)
Proyectista:	Arq. DANIEL PANIAGUA, Dpto. Mantenimiento y Obras-FDyCS-UNA.
Superficie del terreno:	10.000 m2
Superficie construida:	P.B.: 615.00 M2. P.A.: 575.00 M2

DESCRIPCION

El proyecto responde a la necesidad de aprovechar al máximo la construcción existente, cambiando el sentido de uso de los espacios, pasando de la utilización de un pasillo central, a galerías perimetrales, tanto en planta baja, como en planta alta.

La construcción se halla implantada en el centro del predio, por lo que pudo aprovecharse, este hecho, para generar las áreas exteriores de aproximación y acceso parquizadas (pastos y jardinería), semejante al Edificio de Palacio de Justicia existente, del otro lado de la ruta.

Parámetros de diseño:

1. Funcionalmente: aprovechar la disposición de las aulas, tanto en planta baja y respetar la misma para la planta alta.

2. Formalmente: aplicar un diseño de fachada más estético, a través de la incorporación de galerías alrededor de las aulas, rediseñando el pasillo central, uso de paredes de ladrillo común a la vista, imagen semejante a la Facultad de Derecho de Asunción, como icono de la institución académica. Resalta el tipo de techo utilizado, cabríadas metálicas en chapa doblada, correas, aislación térmica utilizando una combinación de terciada, isopor y terciada, impermeabilización, chapa metálica tipo prepintada, 575 m2., cubiertos con este sistema de techo novedoso para la zona.

DISTRIBUCION INTERIOR

PLANTA BAJA
Dos Aulas de 7.35 x 7.35
Un Aula de 9.70 x 7.35
Area Administrativa-Académica
Despacho Director
Recepción
Administración
Archivo
Area de Servicio o de apoyo
Servicios Higiénicos diferenciados (Varón y Mujer)
Cantina-Comedor

PLANTA ALTA

Un Aula Magna de 8.60 x 17.10
Dos Aulas de 8.60 x 8.40
Area de apoyo
Servicios Higiénicos diferenciados (Varón y Mujer)

La distribución espacial interior se complementa con galerías perimetrales. En las áreas exteriores se ubicaran los estacionamientos, áreas de estar y parquización.

Frente al predio de la Facultad se desarrollará un espacio destinado a PLAZOLETA, conmemorando la figura del guitarrista “Mangoré”. El diseño de esta plaza se inicia frente al edificio de la Facultad de Derecho, para ser completado y complementado luego por la PLAZOLETA frente al PALACIO

DE JUSTICIA. Estas plazas pretenden convertirse tanto en un lugar de encuentro y esparcimiento social, como de integración entre los dos espacios (entiéndase FACULTAD DE DERECHO –PALACIO DE JUSTICIA)

D) **Construcción de la Sede Sección Quiindy:** La construcción y la habilitación de la misma se llevaron a cabo en el predio titulado a nombre de la Facultad de Derecho y fue realizada una primera parte a través del Concurso de Ofertas Nº 4/2003 y adjudicada a la firma OMG CONSTRUCCIONES. La concreción de este proyecto fue factible gracias al apoyo conjunto de la Asociación de Padres de Alumnos, la Municipalidad de Quiindy y la Gobernación del 9º Departamento.

E) **Construcción de Caacupé:** La construcción se llevó a cabo en el campus de la Universidad Nacional de Asunción, fue realizada con el apoyo de la Gobernación de las Cordilleras, y la finalización de la misma a través de recursos propios de la institución. Cuenta con tres aulas, área administrativa, biblioteca, y servicio higiénico sexado.

F) **Instalación de equipos de aire acondicionado**: La instalación de equipos de aire acondicionado en las aulas de la facultad; cuentan con un sistema de control central informatizado mediante un software adquirido para dicho efecto; además, cuentan con un dispositivo que permitirá la eliminación total de la energía reactiva generada actualmente, lo cual representa un significativo ahorro mensual a la Facultad. Estos equipos fueron adquiridos por Licitación e instalados en nueve aulas de la Sede Central (tres aa. en cada aula):

AÑO 2002 Por Concurso de Precios Nº 3/02 adjudicada a la firma TECNOSERVICE S.A.E.CA.

AÑO 2003 Por Concurso de Ofertas Nº 4/03 adjudicada a la firma BRITAM S.A.

G) **Estacionamiento**: Debido a que la playa de estacionamiento resultaba insuficiente para albergar a todos los vehículos de los docentes de la facultad, fue necesaria la ampliación del mismo incrementando su capacidad que actualmente permite aparcar con holgura a 80 automóviles dentro del predio de la Facultad.

H) **Asistencia Legal**: Con el afán de habilitar el Dpto. de Asistencia Legal para sectores económicamente carenciados, dentro del complejo edilicio

de la Facultad, fue equipado con el amoblamiento total necesario, líneas telefónicas y demás comodidades requeridas para su normal funcionamiento, el mismo fue inaugurado oficialmente con todos sus servicios.

I) **Institutos**: Otro de los proyectos cuya importancia cabe resaltar es el equipamiento y habilitación de los Institutos de Investigación en Derecho Procesal, Derecho Público, Derecho Privado y Derecho de la Integración; el cual es una Unidad de Investigación Superior para el progreso de la Ciencia Jurídica y la formación de especialistas en diversas áreas del Derecho.

IV. PROYECTOS QUE SE DESARROLLAN ACTUALMENTE

Techado de la cancha de básquet, actualmente en construcción, con una estructura totalmente de metal, a cargo de la firma ING. HUGO PATIÑO, adjudicada por la Licitación Pública Nº 1/2003. Además del proyecto inicial, se realizarán obras complementarias que permitan llevar a cabo un trabajo acorde con las exigencias impuestas para este tipo de construcción.

Concurso de Ofertas para Construcción de Vivienda para Encargado y Director en la Filial San Juan Bautista Misiones, se encuentra en proceso de formalización de contrato, que fue adjudicada a la Firma ING. HUGO NAVARRO.

V. PROYECTOS A SER ADJUDICADOS EN EL PRESENTE EJERCICIO FISCAL:

Licitación Pública Nacional para Adquisición de un Grupo Electrógeno Diesel.

Licitación Pública Nacional para Construcción de Aulas en la Sede Central.

Concurso de Ofertas para Construcción de Vivienda para Encargado en la Filial Coronel Oviedo

Construcción de un sector a ser destinado al Area Académica en la Sede Central.

VI. AVANCES EN PROCESAMIENTOS Y TRANSMISION DE DATOS

a) **Adquisición de dos antenas bidireccionales**: Considerando que no se contaba son un sistema de conexión directa que posibilite la transmisión de datos con el Rectorado y el Ministerio de Hacienda, al inicio del ejercicio 2002 se procedió a la contratación de los servicios de "Telesurf" y posteriormente a la adquisición de dos antenas bidireccionales instaladas una en el predio de la Facultad y otra en el Campus Universitario gracias a las cuales actualmente se realizan dicha conexión y transmisión de datos en forma ágil e instantánea.

b) **Sistemas Informáticos**: En el presente año fueron implementadas nuevas versiones de los sistemas informáticos proveídos por el Centro Nacional de Computación; los más importantes fueron los de Cobro de Aranceles y Académico, los cuales ahora funcionan en conjunto permitiendo un mejor control de las inscripciones a exámenes, así como la de evitar duplicaciones de trabajos al procesar solo una vez los registros.

En el Sistema Académico también fueron incorporadas varias herramientas, según lo aprobado por el Consejo Directivo, entre los cuales se incluye el cierre definitivo de planilla de notas con la impresión por computadora de las actas definitivas, y la apertura y cierre de todos los documentos ingresados mediante autorizaciones, permitiendo un alto grado de confiabilidad en los datos cargados.

Así mismo está instalado el Sistema de Biblioteca, totalmente preparado para el control de préstamos de libros, también conectado al Sistema Académico para los controles de morosidad correspondientes.

c) **Consultas a través de Internet**: A partir del año 2002 fue implementada la opción de consultas de alumnos a los datos académicos través de Internet (mediante unos códigos de seguridad), en la misma los alumnos pueden consultar: notas, inscripciones a exámenes, matriculaciones, planes de estudios, fechas de exámenes, etc., lo que anteriormente solo se podía realizar en el local de la institución. Esta consulta está disponible de lunes a viernes en el horario de 07:00 a 19:00, y se pretende, para el año próximo, su habilitación durante las 24 horas de toda la semana.

d) **Enlaces a Internet y transmisión de datos**: Actualmente la Institución realiza los trabajos directamente con el Ministerio de Hacienda y toda la Universidad Nacional a través del radio enlace adquirido en el ejercicio

anterior con una utilización de 1/24 de la capacidad real de transmisión, con lo cual se puede decir que una cantidad considerable de equipos conectados a Internet no afectarán el uso normal de trabajos realizados hoy día. Actualmente se encuentra un proyecto para interconectar la transmisión mediante otro enlace con la Facultad de Ciencias Médicas, para así tener dos puertas de salida al Ministerio de Hacienda, en caso de fallas con la conexión en el Centro Nacional de Computación, con la cual ambas instituciones quedarían beneficiadas.

e) **Conexiones de Red**: En el presente años fueron instalados enlaces de red en todas las dependencias del área de Institutos de Investigación y Asistencia Legal, así como en cuatro aulas (tercero, cuarto, quinto y sexto cursos) y el Aula Magna, mediante las cuales y para estar acordes con las exigencias tecnológicas y con las universidades del mundo, se podrán tener conexiones a Internet en las mismas.

f) **Adquisición de Licencias para Softwares**: Este año se adquirieron las últimas licencias (17 en total) de sistemas operativos y programas que faltaban para la regularización correspondiente.

g) **Equipos de informática**: Adquisición de trece computadoras e impresoras, proveídas por la firma Tecnoplan S.R.L., adjudicada en el Concurso de Ofertas Nº 2/2004. Así mismo, para el desarrollo de las clases, conferencias o seminarios fueron adquiridos por la administración cuatro in focus, tres notebook, cuatro retroproyectores y una fotocopiadora, los cuales están disponibles para los docentes. Además; es importante resaltar que desde el año 2001 se han adquirido un servidor en red, y dotado a las diversas oficinas de computadoras con sus correspondientes impresoras.

VII. INFORME FINANCIERO

a) Curso probatorio de ingreso

AÑO	BENEFICIO
2001	998.215.885.- (Administración anterior – Año base)
2002	1.827.461.420.-
2003	2.714.232.170.-
2004	2.183.036.180.-

En el cuadro se puede observar que en el primer año de la administración actual – año 2002 - se obtuvo un incremento del 83% en el beneficio por la organización del CPI, en el año 2003 el incremento fue de 170% y en el año 2004 el 118% respectivamente con relación al año base.

b) Informe presupuestario

AÑO 2002

PRESUPUESTADO	11.223.873.201.-
EJECUTADO	10.269.231.534.-
PORCENTAJE DE EJECUCION	92%

AÑO 2003

PRESUPUESTADO	11.713.134.978.-
EJECUTADO	10.454.898.243.-
PORCENTAJE DE EJECUCION	89%

Conforme a los datos precedentes, se observa un elevado porcentaje de la ejecución presupuestaria en los dos últimos ejercicios (92% y 89%) lo cual indica que las predicciones realizadas en materia presupuestaria fueron bastante aproximadas.

c) Saldo financiero en Cuenta Corriente

Conforme extracto de Cuenta Corriente al 31 de agosto de 2004 la Institución tiene depositado en los siguientes bancos de plaza: BBVA, ABN y BNF la suma de Gs. 3.903.471.436.-

VIII. GRATIFICACIONES A PROFESORES POR INTEGRAR TRIBUNAL EXAMINADOR

En los años 2002, 2003 y 2004 se lleva a cabo el pago a docentes en concepto de Gratificación por integrar Tribunal Examinador, a la razón de Gs. 500.- por cada alumno examinado, abonándose ya a la fecha de este informe el pago correspondiente al presente año lectivo.

IX. BIBLIOTECA

Se culminó el proceso la informatización de los textos de la biblioteca de la Sede Central, con conexión en red con el Sistema Académico y el Sistema Administrativo a fin de implementar próximamente el préstamo de libros a los alumnos, para lo cual se cuenta con un reglamento aprobado por el Consejo Directivo de la Facultad. En lo que respecta a la compra de textos para las bibliotecas de la Sede Central y Filiales se puede informar que en el ejercicio 2002 y 2003 se han adquirido 2453 textos y actualmente se encuentra el proceso del Concurso de Ofertas para la adquisición de 1500 textos más.

X. FUNCIONARIOS

Dentro del plan de capacitación del personal fueron enviados a entidades de formación y capacitación, SNPP, CAES y C.N.C, a fin de la actualización necesaria para acompañar los avances implementados en la institución.

XI. ALUMNADO

En lo referente al cobro de aranceles, en el ejercicio 2002 se inició la implementación del sistema de pagos de matrículas pudiendo el alumno abonarlo en cuatro cuotas de guaraníes cincuenta mil quedando habilitado académicamente con el pago de la primera cuota. A fin de que los alumnos puedan acceder fácilmente a datos que hacen a su situación académica actual, fue habilitada una Página Web, de tal forma que cada alumno mediante un PIN asignado, directamente operando en los monitores que están a disposición en la institución o vía Internet, accede a dichas informaciones con rapidez y practicidad.

En el mes de octubre de 2002, ha sido comunicado al Centro de Estudiantes que se encontraba a disposición para uso del estudiantado el servicio de Internet sin costo alguno, quedando a cargo del citado gremio estudiantil la adquisición de las terminales respectivas. De igual manera a solicitud de la dirigencia estudiantil fue adquirido un mueble – vitrina ubicado en el acceso al sector de aulas, donde se exhiben los trofeos obtenidos por los estudiantes en los distintos torneos deportivos.

XII. CONFERENCIAS

El Decano y el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, han presentado sus auspicios, para Conferencias Magistrales dictadas por expositores extranjeros de gran prestigio a nivel internacional y la organización de Congresos Internacionales. A los mismos fueron invitados autoridades nacionales e internacionales, docentes, alumnos en general, demostrando así, el apoyo brindado por la directiva de esta Institución para el mejoramiento de la calidad educativa que queremos brindar y estar acorde a universidades de excelente nivel académico. Así podemos citar los eventos más renombrados del primer semestre del año en curso:

"Ideología Política y Constitución. Ejemplos en el constitucionalismo polaco", conferencia dictada por el PROF. DR. KRYSTIAN COMPLAK – Constitucionalista de la Universidad de Wroklaw-Polonia, presentada por la Facultad y El Tribunal Superior de Justicia Electoral.

- Relanzamiento del libro "Medicina Legal – Edición Póstuma, autoría del PROF. EMERITO DR. DIONISIO GONZALEZ TORRES, expresando así públicamente un homenaje póstumo a quien fuera el Primer Profesor de Medicina Legal de esta unidad académica que con su amplio conocimiento y experiencia docente ha formado durante mas de 45 años consecutivos a jóvenes estudiantes del área de la Medicina Legal del Derecho y Ciencias Forenses, este evento fue presentado por La Cátedra de Medicina Legal.

- "Integración Fronteriza y Desarrollo Regional", Conferencia Internacional dictada por el Señor FELIX CORDOVA MOYANO – Embajador de la República Argentina, presentado por El Instituto Paraguayo de Derecho Internacional y la Cátedra de Derecho Internacional Público.

- "El Desarrollo actual de la Unión Europea", conferencia dictada por el PROF. DR. LUDGER KUHNHARDT – Catedrático del Centro para los Estudios de la Integración Europea de la Universidad Bonn-Alemania, presentado por la Cátedra y el Instituto de Derecho de la Integración.

XIII. CONGRESOS

Además de lo precedente, El Decano y el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho han ofrecido sus auspicios, para el "III CONGRESO DE LA ASOCIACION MERCOSUR DE JUECES DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA", este evento contó con el apoyo de la Cátedra de Derecho del Menor y del Adolescente, y se destaca la participación del alumnado de la correspondiente cátedra y el Dpto. de Extensión Universitaria dependiente del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

XIV. EXTENSION UNIVERSITARIA

Este Departamento, dependiente de la Dirección General de los Institutos de Investigaciones Jurídicas, está abocado al apoyo del alumnado en general, y por ello se destacan diversas actividades en el presente año, que a continuación se detallan:

- "Jornadas sobre Fundamentos de la Función Jurisdiccional y de sus Instituciones Básicas", disertada por los señores: Prof. Dr. Hugo Allen, Prof. Dr. Amelio Calonga, y Prof. Dr. Carlos González Alfonso. Esta jornada se llevó a cabo en el local Histórico de la Facultad, los días 10, 17, 24, y 31 mayo del presente año y de la misma participaron 138 alumnos del 4to., 5to., y 6to. Cursos.

- "Cursos de Metodología de la Investigación Científica y Elaboración de Trabajos de Investigación" (Aplicado a las Ciencias Jurídicas), presentado por el Lic. José Manuel Reyes Tello. El curso se llevó a cabo en el local Histórico de la Facultad, en forma gratuita, con una duración de seis meses; del mismo han participado los alumnos del 1ro., 2do., y 3er. Cursos y se realizó en los siguientes grupos:
  — El primer grupo empezó el 3 de mayo del presente año, con la participación de 216 alumnos
  — El segundo grupo empezó el 5 de julio del presente año, con la participación de 182 alumnos.

- "Cursos de Redacción Castellana", presentado por la Lic. Maxdonia Fernández. El curso se llevó a cabo en el local de la Facultad, en forma gratuita, con una duración de dos meses; del mismo han participado 100 alumnos del 1ro., 2do., y 3er. Cursos y se realizó en los siguientes grupos:

— El primer grupo en el horario de 14:00 a 16:30
— El segundo grupo en el horario de 18:00 a 20:30.

· Actos Conmemorativos, Festivales

— “Paz del Chaco”, invitación y condecoración a los Veteranos de la Guerra del Chaco.

— “Festival Interno de la Canción Universitaria”, con la participación de alumnos de la Facultad en las modalidades: Categoría Nacional e Internacional - dúo y solista.

· Otras Actividades

— “III Congreso de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y de la Adolescencia”. Inscripción de los participantes y colaboradores en la organización y desarrollo del Congreso.

— “Festival del Día del Niño”, como colaboradores, visitando el BARRIO CATEURA, en compañía de la Primera Dama de la Nación.

— Coro de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, a cargo de este departamento estuvo la creación y organización del Coro de la Facultad que se integra con la participación de 31 alumnos de la sede central y filiales de la Facultad; en la coordinación y dirección el Lic. Victor Oxlye, se observa sus presentaciones en los siguientes eventos: Inauguración de las Carreras de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, Festival Interno de la Canción Universitaria.

— Grupo teatral “Jóvenes por el Arte”, lo integran diez alumnos, que representaron la Obra La Droga Funesta en el Festival Interno de la Canción Universitaria.

— Coordinación y estructuración de Sociedades de Alumnos:
ATEJUS – Academia Técnica de Estudios Jurídicos y Sociales.
SOCIED – Sociedad Científica de Investigadores Estudiantes de Derecho.

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea, Decano
Prof. Dr. Antonio Fretes, Vicedecano

MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO

Prof. Dr. Raúl Torres Kirmser, Consejero Docente
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce, Consejero Docente
Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes, Consejero Docente
Prof. Dr. Florencio Almada, Consejero Docente
Prof. Dr. Carlos Fernández Villalba, Consejero Docente
Prof. Dr. Fausto Portillo, Consejero Docente de la Facultad y ante el Consejo Superior Universitario
Prof. Abog. Agustín Fernández, Consejero no Docente
Univ. Ignacio Dellavedova, Representante Estudiantil
Univ. Carlos María Aquino, Representante Estudiantil
Univ. Camilo Benítez, Representante Estudiantil

Prof. Abog. Angel Yubero Aponte, Secretario General

DICTAMENES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACION DE DERECHO PUBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA U.N.A.

RESOLUCION Nº 471/2002

"POR LA CUAL SE ESTABLECE LOS FINES Y REGULA EL FUNCIONAMIENTO DEL INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA U.N.A.".

Asunción, 21 de noviembre de 2002.

VISTA: La propuesta presentada por el Director de Derecho Público Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche, y;

CONSIDERANDO: Que la propuesta presentada se encuentra acorde con los objetivos propuestos por las autoridades de esta casa de Estudios.

Que el Consejo Directivo ha tratado el tema en sesión de fecha 12 de Noviembre de 2002, Acta Nº 20/2002.

Lo dispuesto por el Estatuto Universitario de la Universidad Nacional de Asunción.

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.– Aprobar el proyecto de Reglamento presentado por el Director de Instituto de Derecho Público que queda redactado como sigue:

Art.1º.– Reconócese como órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, un Instituto de Investigaciones Jurídicas con la denominación: "INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION", en adelante, el Instituto de Derecho Publico.

Art.2º.– El Instituto de Derecho Público desarrollará sus actividades en el local asignado para el efecto, en el edificio de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción sito en las calles Congreso de Colombia y Stma. Trinidad. Su domicilio queda establecido en el asiento de este local.

Art. 3º.– Son fines del Instituto de Derecho Público, los siguientes:

a) Evacuar consultas, dictaminar y emitir opinión en las disciplinas científicas que conforman el campo del Derecho Público.

b) Proyectar el perfeccionamiento de la legislación y las Instituciones de la administración del Estado y su funcionamiento.

c) Promover la investigación y estudio de las disciplinas científicas atinentes al Derecho Público y difundir los conocimientos científicos y doctrinarios, mediante la realización de cursos seminarios y conferencias.

d) Propiciar el intercambio del conocimiento y los estudios científicos y doctrinarios, con entidades similares o afines nacionales o extranjeros.

e) Organizar una oficina de información, archivo y difusión de los estudios, trabajos, dictámenes y opiniones del Instituto.

Art. 4º.– El Instituto de Derecho Público brindará sus servicios de asesoramiento, evacuación de consultas, opiniones y dictámenes a los órganos e instituciones del Estado, sean del ente central o descentralizado, las gobernaciones y municipalidades, así como entidades y organismos civiles legalmente reconocidos. El servicio es gratuito, salvo los aranceles que sean establecidos por la Universidad Nacional Asunción.

Art.5º.– A los efectos del artículo anterior, las entidades interesadas se dirigirán por nota al Decano de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. El escrito deberá contener la exposición

precisa y circunstanciada de la consulta, el estudio o el pronunciamiento solicitado, acompañando todos los antecedentes y recaudos relacionados con el mismo. El Instituto de Derecho Público se reserva el derecho de solicitar las aclaraciones o ampliaciones que estime convenientes. Art.6º.– A la vista de la presentación, el Decano remitirá la misma al Instituto de Derecho Público a sus efectos.

Art.7º.– La evacuación de la consulta, la opinión o el pronunciamiento del Instituto de Derecho Público, será elevado al Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Art.8º.– El Instituto de Derecho Público se integrará con un Director y por lo menos cuatro miembros nombrados por el Consejo Superior Universitario, a propuesta del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. El Director ejercerá la representación oficial del órgano y presidirá y coordinara las sesiones y deliberaciones del mismo.

Art.9º.– Los cargos y funciones de Director y miembros del Instituto de Derecho Público derivan de la Docencia Universitaria y son por lo tanto, compatibles con otras funciones inherentes al cargo.

Art. 2º.– Comunicar a quienes corresponda y luego archivar.

Abog. Osvaldo González F. Secretario General

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea. Decano

Asunción, 20 de setiembre de 2002.

SEÑOR DECANO:

El Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Asunción, cumple en dirigirse a Ud. A los efectos de exponerle cuanto sigue:

Que por Providencia de fecha 3 de setiembre de 2002 del Sr. Decano, se corre traslado al Instituto de la nota de fecha 30 de agosto de 2002 del Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, Senador de la Nación Juan Carlos Galaverna, donde se solicita la opinión del Instituto sobre el proyecto

de ley "QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO A CONTRATAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS O CONSORCIO DE EMPRESAS PARA LA FISCALIZACION DEL PAGO Y DE LA PERCEPCION DE LOS TRIBUTOS PREVISTOS EN LA LEY No 125/91 QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO, ASI COMO DE AQUELLOS REGIDOS POR LA LEY Nº 1173/85, QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO Y CREA EL FONDO DE INVERSION SOCIAL".

El recurrente expresa en la referida nota que sería de sumo interés tener la opinión del Instituto antes del miércoles 4 de setiembre de 2002.

En relación a este punto nos permitirnos aclarar que, lastimosamente, no nos es posible dar cumplimiento a lo solicitado en tan estrecho plazo, máxime teniendo en cuenta la fecha de la solicitud al Sr. Decano.

Hecha la aclaración precedente, y en cumplimiento de nuestro cometido específico, hemos examinado in extenso y en todo su contenido el proyecto de ley presentado por los Señores Senadores Miguel Angel Ramírez, Luis Guanes Gondra y Luis Alberto Mauro.

En este menester, el acápite del Proyecto de Ley expresa: "QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO A CONTRATAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS O CONSORCIO DE EMPRESAS PARA LA FISCALIZACION DEL PAGO Y DE LA PERCEPCION DE LOS TRIBUTOS PREVISTOS EN LA LEY Nº 125/91 "QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO", ASI COMO DE AQUELLOS REGIDOS POR LA LEY No 1173/85 "QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO, Y CREA EL FONDO DE INVERSION SOCIAL". El artículo 1º del proyecto, por su parte, dispone: "Facultase al poder Ejecutivo a contratar, previa licitación pública nacional e internacional los servicios de empresas o consorcios de empresas de probada idoneidad y reconocido prestigio internacional, para la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de pago y de los tributos previstos en la Ley 125/91 "QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO" y de aquellos contemplados en la Ley Nº 1173/85 "QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO".

Es importante destacar como punto de partida, que la imposición y exigencia de los tributos por parte del Estado se sustenta en el poder soberano y el imperio del Estado.

En este punto, uno de los más connotados tributaristas (ya fallecido) el Dr. Dino Jarach, en su libro "Curso Superior de Derecho Tributario", editado el 30 de abril de 1969, por talleres gráficos SAGA. Buenos Aires, Rca. Argentina en la página 10 expresa: "El tributo es un recurso que el Estado obtiene por medio de la coerción que nace de su poder de imperio".

El Dr. Giuliani Fourouge otro no menos reconocido tratadista argentino, en su libro "Derecho Financiero" II Tomo, Edición DEPALMA, Bs. As, 1970, en la página 267 define al tributo como: Una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado EN VIRTUD DE SU PODER DE IMPERIO".

Conforme surge de estas claras y contundentes conceptualizaciones, la entrega de la prestación pecuniaria por parte de los sujetos obligados en concepto de tributo, deviene de una potestad soberanía del Estado que se manifiesta en el poder de imperio que le es dado por la ley. Véase al respecto lo que disponen los artículos 44 y 179 de la Constitución Nacional que expresan: "Art. 44. DE LOS TRIBUTOS. "Nadie está obligado al pago de tributos ni a la prestación de servicios personales que no hayan sido establecidos por la Ley …"; Art. 179. DE LA CREACION DE TRIBUTOS. "Todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, respondiendo a principios económicos y sociales justos así como a políticas favorables al desarrollo nacional. Es también privativo de la ley determinar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del sistema tributario".

Pero esta potestad o poder de imperio del Estado no solo se reduce al cobro y a la recaudación de los tributos. En este punto, nada más claro que la acertada observación que formula el ya mentado Dino Jarach en su recordado libro, citado mas arriba, en la página 16, al hacer la distinción entre el derecho Tributario Sustantivo o Material y el Derecho Tributario Administrativo, infiere: "El fin del Derecho Tributario Administrativo es la recaudación, concepto este que no abarca solamente la función de cobrar o percibir los tributos, sino también la de hacer valer la pretensión tributaria que surge del Derecho Tributario Material. Esta función recaudatoria –prosigue– comprende la búsqueda y el reconocimiento de la existencia de los casos concretos de obligaciones tributarias, FUNCIONES ESTAS EN CUYO EJERCICIO LA ADMINISTRACION TIENE A MENUDO, FACULTADES DISCRECIONALES PARA EXIGIR DE LOS ADMINISTRADOS DETERMINADOS COMPORTAMIENTOS.

Por consiguiente, tal como meridianamente surge de la exposición precedente de Jarach el poder de imperio del Estado no es solamente para cobrar o percibir los tributos, sino también, para verificar la existencia y materialización de la obligación tributaria y el crédito fiscal del Estado que surge en su consecuencia y perseguir el cobro.

Salta a la vista pues, que la pretensión de este proyecto de ley in examine, a más de vulnerar las disposiciones constitucionales más arriba mencionadas, van a colisionar también con el artículo que impone que "El Gobierno es ejercido por los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en un sistema de equilibrio, coordinación y reciproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse ni otorgar a otro ni a persona alguna individual o colectiva, facultades extraordinarias...".

El artículo 36 de la Constitución precautela: "El Derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y de la documentación privada". Pero al final del primer párrafo de este artículo la Constitución sabiamente previene la potestad del Estado en cuanto a su función de control y fiscalización, a los efectos fiscales, al disponer. "La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios".

Esta potestad soberanía del Estado también se inserta en forma contundente en el encabezamiento del artículo 178 de la Constitución Nacional con el acápite: "DE LOS RECURSOS DEL ESTADO" al prevenir: "Para el cumplí miento de sus fines, el Estado, establece impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos…".

En este mismo sustento jurídico y doctrinario se enmarca la normativa del artículo 238 que refiere a los "Deberes y atribuciones del Presidente ole la Republica", en especial en los incisos 1) y 13), que se transcriben a continuación: "Art. 238 DE LOS DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Son deberes y atribuciones de quien ejerce la Presidencia de la República: 1) Representar al Estado y dirigir la administración general del país… 13) Disponer la recaudación e inversión de las rentas de la República, de acuerdo con el Presupuesto General de la Nación y con las leyes, rindiendo cuentas anualmente al Congreso de su ejecución".

Pero entre las trabas constitucionales mencionadas surge una normativa quizá más precisa aun.

Entre los nuevos órganos de la Administración del Estado creados por la Constitución de 1992, aparece la Contraloría General de la República (artículos 281, 282 y 283 de nuestra Carta Política).

A este órgano de control la propia Constitución Nacional confiere la facultad expresa de vigilar y fiscalizar la actividad económico–financiera del Estado en su amplio espectro, sean órganos del ente central o descentralizados, conforme se puntualiza acertadamente en los incisos 1) 3) y 5), en particular, del artículo 283 de nuestra Constitución, atribuciones de rango constitucional de las cuales, en parte sustancial, se pretende, por este proyecto en análisis , transferir o ceder a una entidad de carácter privado, en un campo que como está demostrado, pertenece in totum y sin cortapisa alguna al Derecho Público. Seguidamente transcribimos los incisos 1), 3) y 5) del artículo 283 de la Constitución:

"…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 regionales y departamentales, los de las municipalidades, los de la banca central y los de los demás bancos del Estado o mixto, los de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, así como los de las empresas del Estado o mixtas…

"3) El control de la ejecución y de la liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el inciso 1), como así mismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios".

"5) El requerimiento de informe sobre la gestión fiscal y patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades regionales departamentales y a los municipios, todo los cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones".

Señor Decano, con las consideraciones y fundamentaciones precedentes, estimamos que ya no tendría mayor importancia hacer referencia a los demás artículos de este proyecto de ley (artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º) que se corresponden con el acápite y el mentado artículo 1º y que importan el eje central de esta propuesta legislativa, disposiciones cuya sustentación jurídica y funcional también –por otra parte– serían proclives a serios cuestionamientos.

Sin perjuicio de las colisiones de orden constitucional, jurídico y doctrinario, debidamente fundamentados antecedentemente, es oportuno también

consignar que dar andamiaje a este proyecto afectaría sensiblemente la estructura de la organización administrativa y funcional del Estado en cuanto hace a las leyes Nº 109/91, Carta Orgánica del Ministerio de Hacienda y sus modificaciones, con las facultades y atribuciones conferidas al Ministerio y a sus órganos recaudadores , de control y de cobro ejecutivo de los créditos fiscales, allí consagrados, en ejecución de las normativas constitucionales que hacen a la potestad del Estado en materia fiscal y tributaria.

A igual dislate se expondría títulos, capítulos y normativas de la Ley 1173/85, Código Aduanero de la República y por lo mismo, las leyes especiales que crean las Administraciones Tributarias de la Dirección ole Grandes Contribuyentes y de Medianos y Pequeños Contribuyentes.

Véase además la grave distorsión que estaría resultado de lo que se previene en el artículo 4º del Proyecto donde se transfiere o se cede "a la empresa o consorcio de empresas adjudicatarias LAS FACULTADES, DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE LA LEY No 125/91 Y LA LEY 1173/85 OTORGAN A LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y A LAS AUTORIDADES ADUANERAS". Ello implica que el sector privado nacional o extranjero adjudicatorio instruirá los sumarios administrativos, podrá practicar la determinación de la obligación tributaria por incumplimiento y de suyo, recibir la defensa impugnación, pruebas y resolver los recursos de reconsideración y alzada. Hasta aquí nuestro comentario en este punto que denota la ligereza legislativa que, de llevar adelante el proyecto, conculcaría sensiblemente derechos y potestades conferidas a estos órganos en el ejercicio de su competencia administrativa y funcional.

En virtud de las consideraciones esgrimidas precedentemente, el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de consuno, sin resalva ni reserva alguna de ninguno de sus miembros, estima inviable el estudio, y tratamiento del proyecto de ley sometido a su análisis y examen en tanto su aprobación traería aparejado el soslayamiento y conculcación de disposiciones estrictas y puntuales de la Constitución Nacional, a más de las disposiciones legales que hacen a la estructura, administración y función del Estado y sus órganos específicos en la percepción, fiscalización y control del sistema tributario nacional.

Sin más, tenga el Sr. Decano por expresada nuestra opinión en los términos que anteceden y sírvase disponer que la misma se eleve a conocimiento del Sr. Presidente de la H. Cámara de Senadores, a sus efectos.

Prof. Dr. Carlos A. Mersán. Miembro
Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro
Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli. Miembro

Asunción, 30 de abril de 2003.

SEÑOR DECANO:

El Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, cumple en dirigirse a Ud. a los efectos de expresarle cuanto sigue:

Que en fecha de abril de 2003 hemos recibido la nota remitídanos por el Señor Decano que insume el pedido de consulta solicitado a este órgano por los Concejales de la Junta Municipal de Asunción: Nicolás Chase, Arístides Morales, Artemio Benítez, José A. Galeano, Ana María Ferreira y Luis Alberto Boh, acompañado de una carpeta que contiene los antecedentes que hacen a la cuestión.

El motivo y contenido de la consulta in–examine importa una propuesta de cesión a terceros de la GESTION DE RECAUDACION TRIBUTARIA de la Municipalidad de la Capital, mediante un llamado a licitación pública para la contratación de un llamado "SERVICIO INTEGRAL A RIESGO DE GESTION TRIBUTARIA PARA LA MUNICIPALIDAD DE ASUNCION".

Examinados los antecedentes e imbuidos convenientemente del objetivo y propósito de la propuesta de contratación por licitación pública de lo que se da en llamar "SERVICIO INTEGRAL A RIESGO DE GESTION TRIBUTARIA PARA LA MUNICIPALIDAD DE ASUNCION", estamos –Señor Decano– evidentemente, ante una cuestión cuyo contenido y propósito es idéntico a lo que ya se nos había planteado por nota de fecha 30 de agosto de 2002 del Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, Senador de la Nación Juan Carlos Galaverna, donde se solicita la opinión del Instituto sobre un proyecto de ley "QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO A CONTRATAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS O CONSORCIO DE EMPRESAS PARA LA FISCALIZACION DEL PAGO Y DE LA PERCEPCION DE LOS TRIBUTOS PREVISTO EN LA LEY Nº 125/91 "QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO", ASI COMO DE AQUELLOS REGI-

DOS POR LA LEY 1173/85 "QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO Y CREA EL FONDO DE INVERSION SOCIAL".

En virtud de los fundamentos técnicos, doctrinarios y jurídicos vertidos por el Instituto en la nota de fecha 20 de setiembre de 2002 elevada al Señor Decano, en contestación al requerimiento del Señor Presidente de la Honorable le Cámara de Senadores, Senador Juan Carlos Galaverna, que insume la opinión unánime de todos los Miembros del Instituto de Derecho Público sobre la cuestión en consulta, amerita suficientemente para que, en el arranque de la evacuación del pedido de los Señores Consejales de la Junta Municipal de Asunción recurrente, el Instituto de Derecho Público se reafirme enfáticamente en todo su contenido, la cual se transcribe a continuación:

"SEÑOR DECANO:

El Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Asunción, cumple en dirigirse a Ud. A los efectos de exponerle cuanto sigue: Que por Providencia de fecha 3 de setiembre de 2002 del Sr. Decano, se corre traslado al instituto de la nota de fecha 30 de agosto de 2002 del Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, Senador de la Nación Juan Carlos Galaverna, donde se solicita la opinión del Instituto sobre el proyecto de ley "QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO A CONTRATAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS O CONSORCIO DE EMPRESAS PARA LA FISCALIZACION DEL PAGO Y DE LA PERCEPCION DE LOS TRIBUTOS PREVISTO EN LA LEY Nº 125/91 QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO, ASI COMO DE AQUELLOS REGIDOS POR LA LEY Nº 1173/85, QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO Y CREA EL FONDO DE INVERSION SOCIAL".

El recurrente expresa en la referida nota que sería de sumo interés tener la opinión del Instituto antes del miércoles 4 de setiembre de 2002. En relación a este punto nos permitimos aclarar que, lastimosamente, no nos es posible dar cumplimiento a lo solicitado en tan estrecho plazo, máxime teniendo en cuenta la fecha de la solicitud al Sr. Decano. Hecha la aclaración precedente, y en cumplimiento de nuestro cometido específico, hemos examinado in extenso y en todo su contenido el proyecto de ley presentado por los Señores Senadores Miguel Angel Ramírez, Luis Guanes Gondra y Luis Alberto Mauro. En este menester, el acápite del Proyecto de Ley expresa: "QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO A CONTRATAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS O CONSORCIO DE EMPRESAS PARA LA FISCALIZACION DEL PAGO Y DE LA PERCEPCION DE LOS TRIBUTOS PREVISTOS EN LA LEY Nº 125/91 "QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTA-

RIO", ASI COMO DE AQUELLOS REGIDOS POR LA LEY No 1173/85 "QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO", Y CREA EL "FONDO DE INVERSION SOCIAL". El artículo 1º del proyecto, por su parte, dispone: "Facúltase al Poder Ejecutivo a contratar, previa licitación publica nacional e internacional los servicios de empresas o consorcios de empresas de probada idoneidad y reconocido prestigio internacional, para la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de pago y de los tributos previstos en la Ley 125/91 "QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO" y de aquellos contemplados en la Ley No 1173/85 "QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO". Es importante destacar como punto de partida, que la imposición y exigencia de los tributos por parte del Estado se sustenta en el poder soberano y el imperio del Estado. En este punto, uno de los más connotados tributaristas (ya fallecido) el Dr. Dino Jarach, en su libro "Curso Superior de Derecho Tributario" , editado el 30 de abril de 1969, por talleres gráficos SAGA, Buenos Aires, Rca. Argentina, en la página 10 expresa: "El tributo es un recurso que el Estado obtiene por medio de la coerción que nace de su poder de imperio". El Dr. Giuliani Fonrouge, otro no menos reconocido tratadista argentino, en su libro "Derecho Financiero" II Tomo, Edición DEPALMA, Bs. As, 1970, en la página 267 define al tributo como: "Una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado EN VIRTUD DE SU PODER DE IMPERIO". Conforme surge de estas claras y contundentes conceptualizaciones, la entrega de la prestación pecuniaria por parte de los sujetos obligados en concepto de tributo, deviene de una potestad soberana del Estado que se manifiesta en el poder de imperio que le es dado por la ley. Véase al respecto lo que disponen los artículos. 44 y 179 de la Constitución Nacional que expresan: "Art. 44. DE LOS TRIBUTOS. "Nadie está obligado al pago de tributos ni a la prestación de servicios personales que no hayan sido establecidos por la Ley …", Art. 179. DE LA CREACION DE TRIBUTOS. "Todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, respondiendo a principios económicos y sociales justos así como a políticas favorables al desarrollo nacional. Es también privativo de la ley determinar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del sistema tributario." Pero esta potestad o poder de imperio del Estado no solo se reduce al cobro y a la recaudación de los tributos. En este punto, nada más claro que la acertada observación que formula el ya mentado Dino Jarach en su recordado libro, citado más arriba, en la página 16, al hacer la distinción entre el derecho Tributario Sustantivo o Material y el Derecho Tributario Administrativo, infiere: "El fin del Derecho Tributario Administrativo es la recaudación, concepto este que no abarca solamente la función de cobrar o percibir los tributos, sino también la de hacer valer la pretensión tributaria que surge del Derecho Tributario Material. Esta función

recaudatoria – prosigue – comprende la búsqueda y el reconocimiento de la existencia de los casos concretos de obligaciones tributarias, FUNCIONES ESTAS EN CUYO EJERCICIO LA ADMINISTRACION TIENE A MENUDO, FACULTADES DISCRECIONALES PARA EXIGIR DE LOS ADMINISTRADOS DETERMINADOS COMPORTAMIENTOS" Por consiguiente, tal como meridianamente surge de la exposición precedente de Jarach el poder de imperio del Estado no es solamente para cobrar o percibir los tributos, sino también, para verificar la existencia y materialización de la obligación tributaria y el crédito fiscal del Estado que surge en su consecuencia y perseguir el cobro. Salta a la vista pues, que la pretensión de este proyecto de ley in examine, a más de vulnerar las disposiciones constitucionales más arriba mencionadas, van a colisionar también con el artículo 3º que impone que "El Gobierno es ejercido por los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en un sistema de equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de esto s poderes puede atribuirse ni otorgar a otro ni a persona alguna individual o colectiva, facuItades extraordinarias…".

El artículo 36 de la Constitución precautela: "El Derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y de la documentación privada". Pero al final del primer párrafo de este artículo la Constitución sabiamente previene la potestad del Estado en cuanto a su función de control y fiscalización, a los efectos fiscales, al disponer. "La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios". Esta potestad soberana del Estado también se inserta en forma contundente en el encabezamiento del artículo 178 de la Constitución Nacional con el acápite: "DE LOS RECURSOS DEL ESTADO" al prevenir: "Para el cumplimiento de sus fines, el Estado, establece impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos...". En este mismo sustento jurídico y doctrinario se enmarca la normativa del artículo 238 que refiere a los "Deberes y atribuciones del Presidente de la República", en especial en los incisos 1) y 13), que se transcriben a continuación: "Art. 238 DE LOS DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Son deberes y atribuciones de quien ejerce la Presidencia de la República: 1) Representar al Estado y dirigir la administración general del país 13) Disponer la recaudación e inversión de las rentas de la República, de acuerdo con el Presupuesto General de la Nación y con las leyes, rindiendo cuentas anualmente al Congreso de su ejecución...". Pero entre las trabas constitucionales mencionadas surge una normativa quizá más precisa aun. Entre los nuevos órganos de la Administración del Estado creados por la Constitución de 1992, aparece la Contraloría General de la República (artículos 281, 282 y 283 de nuestra Carta Política). A este órgano de control la propia Constitución Nacional confiere la facultad

expresa de vigilar y fiscalizar la actividad económico–financiera del Estado en su amplio espectro, sean órganos del ente central o descentralizados, conforme se puntualiza acertadamente en los incisos 1) 3) y 5), en particular, del artículo 283 de nuestra Constitución, atribuciones de rango constitucional de las cuales, en parte sustancial, se pretende, por este proyecto en análisis, transferir o ceder a una entidad de carácter privado, en un campo que como está demostrado, pertenece in totum y sin cortapisa alguna al Derecho Público. Seguidamente transcribimos los incisos 1), 3) y 5) del artículo 283 de la Constitución: "… 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 regionales y departamentales, los de las municipalidades, los de la banca central y los de los demás bancos del Estado o mixto, los de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, así como los de las empresas del Estado o mixtas; 3) El control de la ejecución y de la liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el inciso 1), como así mismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios; 5) El requerimiento de informe sobre la gestión fiscal y patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades regionales departamentales y a los municipios, todo los cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones;..." Señor Decano, con las consideraciones y fundamentaciones precedentes, estimamos que ya no tendría mayor importancia hacer referencia a los demás artículos de este proyecto de ley (artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º) que se corresponden con el acápite y el mentado artículo 1º y que importan el eje central de esta propuesta legislativa, disposiciones cuya sustentación jurídica y funcional también – por otra parte – serian proclives a serios cuestionamientos. Sin perjuicio de las colisiones de orden constitucional, jurídico y doctrinario, debidamente fundamentados antecedentemente, es oportuno también consignar que dar andamiaje a este proyecto afectaría sensiblemente la estructura de la organización administrativa y funcional del Estado en cuanto hace a las leyes Nº 109/91, Carta Orgánica del Ministerio de Hacienda y sus modificaciones, con las facultades y atribuciones conferidas al Ministerio y a sus órganos recaudadores, de control y de cobro ejecutivo de los créditos fiscales, allí consagrados, en ejecución de las normativas constitucionales que hacen a la potestad del Estado en materia fiscal y tributaria. A igual dislate se expondría títulos, capítulos y normativas de la Ley 1173/85, Código Aduanero de la República y por lo mismo, las leyes especiales que crean las Administraciones Tributarias de la Dirección de Grandes Contribuyentes y de Medianos y Pequeños Contribuyentes. Véase además la grave distorsión que estaría resultando de lo que se previene en el artículo 4º

del Proyecto donde se transfiere o se cede a la empresa o consorcio de empresas adjudicatarias LAS FACULTADES, DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE LA LEY Nº 125/91 Y LA LEY 1173/85 OTORGAN A LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y A LAS AUTORIDADES ADUANERAS".

Ello implica que el sector privado nacional o extranjero adjudicatario instruirá los sumarios administrativos, podrá practicar la determinación de la obligación tributaria por incumplimiento y de suyo, recibir la defensa, impugnación, pruebas y resolver los recursos de reconsideración y alzada. Hasta aquí nuestro comentario en este punto que denota la ligereza legislativa que, de llevar adelante el proyecto, conculcaría sensiblemente derechos y potestades conferidas a estos órganos en el ejercicio de su competencia administrativa y funcional. En virtud de las consideraciones esgrimidas precedentemente, el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de consuno, sin resalva ni reserva alguna de ninguno de sus miembros, estima inviable el estudio y tratamiento del proyecto de ley sometido a su análisis y examen, en tanto su aprobación traería aparejado el soslayamiento y conculcación de disposiciones estrictas y puntuales de la Constitución Nacional, a más de las disposiciones legales que hacen a la estructura, administración y función del Estado y sus órganos específicos en la percepción, fiscalización y control del sistema tributario nacional. Sin más, tenga el Sr. Decano por expresada nuestra opinión en los términos que anteceden y sírvase disponer que la misma se eleve a conocimiento del Sr. Presidente de la H. Cámara de Senadores, a sus efectos".

A más de los basamentos cimentales de la transcripción del dictamen que antecede, y atento a que los municipios, en su condición de órganos de gobierno local, gozan de autonomía y también de autarquía, nos permitimos añadir cuanto sigue:

Que hemos revisado prolijamente las disposiciones constitucionales referentes a los municipios y no hemos encontrado ninguna norma que consagre o autorice la facultad de delegar un poder o facultad soberana que deviene de la ley, como lo es la de la función de recaudar tributos.

En efecto, por el artículo 166 de la Constitución Nacional se consagra la autonomía municipal y también la autarquía cuando se expresa: "Art. 166. De la autonomía. Las municipalidades son órganos de gobierno local con personería jurídica que, dentro de su competencia tienen autonomía política, administrativa y normativa, así como autarquía en la RECAUDACION e inversión de sus recursos".

Esta autarquía en la RECAUDACION, importa no otra cosa, sino que la consagración incontrastable que surge de la norma constitucional en forma imperativa de que a las municipalidades por sí solas y solamente a ellas se acuerda la facultad de la función recaudadora, lo cual por ser de derecho público resulta a todas luces indelegable.

Téngase en cuenta que en el Derecho Público no rige el conocido principio que expresa que: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe", muy al contrario, en el Derecho Público campea inexorable la regla de que solamente está permitido lo que la ley prescribe y autoriza. Esto es, por la ley, en la ley y con la ley y consiguientemente, nada fuera de lo que ella consagre.

En el artículo 168 de la Constitución que puntualiza las atribuciones de las municipalidades no hay disposición alguna que autorice, aunque sea veladamente, alguna posibilidad de delegar la función recaudadora. Nótese que en el inciso 5) de esta norma se faculta a las municipalidades: "la regulación del monto de las tasas de servicios efectivamente prestados, no pudiendo sobrepasar el costo de los mismos". El artículo 169, por su parte, al conceder a las municipalidades la función de recaudar la totalidad del impuesto inmobiliario expresa:"Artículo 169. Del Impuesto Inmobiliario: Corresponderá a las municipalidades y a los departamentos la totalidad de los tributos que graven la propiedad inmueble en forma directa. SU RECAUDACION SERA COMPETENCIA DE LAS MUNICIPALIDADES. El setenta por ciento de lo recaudado por cada municipalidad quedará en propiedad de la misma, el quince por ciento en la del departamento respectivo, y el quince por ciento será distribuido entre las municipalidades de menores recursos, de acuerdo con la ley".

Esta clara y tajante disposición transripta reafirma la competencia exclusiva de las municipalidades en función recaudadora para percibir la tributación que grave la propiedad inmueble.

Cabe destacar también que de viabilizar la tercerización o privatización, licitación y contrato mediante, de la gestión recaudadora de tributos de los órganos del Estado, sean del ente central o descentralizados, como lo son en este caso los municipios, contrastaría y conculcaría derechos y atribuciones conferidas a un órgano de contralor de rango constitucional como lo es la Contraloría General de la República, a la cual se sustraería el ejercicio y cumplimiento de las facultades que le corresponden en su función de fiscalización y control, en especial las previstas en el artículo 283 incisos 1), 3) y 5) de la Constitución Nacional que se transcriben a continuación:

"Art. 283. 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 regionales o departamentales, los de las municipalidades, los de la banca central y los de los demás bancos del Estado o mixtos, los de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, así como los de las empresas del Estado o mixtos;

3) el control de la ejecución y de la liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el inciso 1), como así mismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios;

5) el requerimiento de informes sobre la gestión fiscal o patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta o privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades regionales o departamentales y a los municipios, todos los cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones".

Estas facultades y atribuciones conferidas a la Contraloría General de la República, se desarrollan y refuerzan en los artículos 2) y 9) de la Ley especial No. 276 del 8 de julio de 1994 "ORGANICA Y FUNCIONAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA". Véase además, lo dispuesto en el artículo 10 de la referida Ley Nº 276/94 que faculta al Contralor General a requerir al ente u oficina sometida a su control e impartir las instrucciones pertinentes en el ámbito de su competencia.

Esta disposición consagra además, la obligatoriedad para los organismos y funcionarios públicos de suministrar tales informes, so pena de incurrir en encubrimiento en los casos en que se comprobaren ilícitos.

Por fin – Señor Decano– hemos hurgado también en las disposiciones de la Ley 1294/87 "Orgánica Municipal" y tampoco en ninguna de ellas hemos encontrado soporte legal alguno que otorgue atribuciones a la autoridad municipal para transferir, ceder, tercerizar o privatizar atribuciones de su poder soberano, constitucional y legal en la gestión y función recaudatoria.

En efecto, el Título Cuarto, artículos 117 al 141 de la mentada Ley 1294 legisla sobre los ingresos municipales, donde incluye entre los ingresos

corrientes a los ingresos tributarios, clasificados en impuestos, tasas y contribuciones y cuya recaudación compete al órgano municipal.

La ley establece el régimen de contrataciones solamente para obras y servicios y contratación de bienes (Artículos 211 al 220 de la Ley 1294/87), con lo que el régimen de contrataciones de terceros por vía de licitación pública y concurso de precios, por la autoridad municipal, se reduce a estos menesteres.

Por último, inferimos que también hemos revisado las disposiciones de la Ley 881/81. Que establece el Régimen Tributario Municipal para la Comuna Capitalina, las que refuerzan incuestionablemente nuestra posición de que resulta a todas luces indelegable e intransferible la facultad y gestión recaudadora de tributos por cuanto esta ley especial, tampoco autoriza tales atribuciones.

Es importante destacar, en esta parte, que cobra especial relevancia, en lo atinente a esta gestión y función recaudadora, la que refiere al ACTO ADMINISTRATIVO DE LA DETERMINACION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA, por aplicación y ejecución de la ley, función que solamente se confiere al órgano y autoridades competentes.

Este acto jurídico administrativo, comúnmente llamado “liquidación” es aquel por el cual, en virtud y por aplicación de lo dispuesto en la norma legal correspondiente, la Administración Tributaria: a) INDIVIDUALIZA AL SUJETO OBLIGADO, llámese contribuyente o responsable; b) PRECISA EL HECHO IMPONIBLE marcado por la ley; y c) ESTABLECE EL MONTO O CUANTIA DE LA TRIBUTACION, también de acuerdo a la ley.

El contenido especifico y reglado de esta función es lo que resulta sin lugar a dudas indelegable. Por ello el artículo 170 de la Ley 881/81 dispone: “La municipalidad devolverá o cobrará al contribuyente, según el caso, los pagos liquidados con errores, omisiones u otras diferencias descubiertos posteriormente”.

Por el artículo 171 de la citada Ley 881/81 se consagra solamente la atribución a las municipalidades de autorizar el pago de los tributos y otros recursos a través de entidades públicas o privadas, lo cual es la clara suposición del caso de tributos liquidados, notificados y aceptados por el contribuyente o responsable, que por el transcurso de los plazos legales se hallan firmes por no haber sido objeto de recursos de revisión, de apelación o de-

mandas contencioso–administrativas ante el órgano jurisdiccional competente que es el Tribunal de Cuentas, Primera Sala.

Nótese que para el efecto, el artículo 172 siguiente, de la Ley 881/81, dispone:" En caso de que el infractor no estuviere de acuerdo con la sanción podrá solicitar de la Municipalidad la reconsideración correspondiente en un plazo de diez días hábiles contados a partir de la notificación por escrito".

Por su parte la Ley 1294/87 Orgánica Municipal, deja abierta la vía contenciosa administrativa para accionar contra las resoluciones de los órganos municipales en el fuero administrativo. Sobre el punto el artículo 232 de la citada Ley 1294/87 prescribe: "Las acciones por lesiones de carácter administrativo cuando las municipalidades procedan en virtud de sus facultades regladas serán ejercidas por la vía contencioso administrativa.

Para el ejercicio de esta acción rige la Ley 1462/35 donde la competencia es atribuida al Tribunal de Cuentas, Primera Sala, cuya resolución es a su vez apelable ante la Corte Suprema de Justicia, cuyo fallo es ya definitivo.

Estas actuaciones administrativas, trámites procesales, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional atinente a la determinación de la obligación tributaria, su percepción, su comprobación, su aceptación, el ejercicio del derecho de oposición y control por parte de los sujetos obligados, en todas las instancias y aún el requerimiento, reconocimiento o devolución por pagos indebidos o en exceso quedarían absolutamente soslayados al operar o abrir el cauce a una delegación, privatización o tercerización de la gestión y función recaudadora por los órganos de derecho público autorizados legalmente.

Señor Decano: atento a las disposiciones constitucionales y legales citadas, y a los fundamentos técnicos, doctrinarios y jurídicos sustentados tanto en el dictamen transcripto de la nota del 20 de setiembre de 2002, elevada a la Honorable Cámara de Senadores, como a las que en particular hemos considerado conveniente agregar en contestación al pedido de consulta elevádonos por los Concejales de la Honorable Junta Municipal de Asunción, recurrentes, es opinión unánime de todos los miembros de este Instituto de Derecho Público que la delegación, privatización o transferencia a entidades privadas de la gestión y función recaudadora que es competencia exclusiva y excluyente del órgano municipal, con la modalidad del llamado "Servicio integral de riesgo de gestión tributaria para la Municipalidad de Asunción", resulta incuestionablemente inviable, en tanto su puesta en ejecución conllevaría la conculcación de claras y contundentes disposiciones constitucionales

y legales como las que se citan más arriba, así como de principio y basamentos doctrinarios universalmente reconocidos en el campo el Derecho Público.

Sin más, saludamos al Señor Decano con nuestra mejor consideración y estima.

Prof. Dr. Carlos A. Mersán. Miembro
Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro
Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli. Miembro

Asunción, 18 junio de 2003.

Señor
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Prof. Dr. CARLOS FERNANDEZ GADEA
Presente:

De nuestra mejor consideración:

El Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, cumple en dirigirse a Ud. en relación a la consulta formulada por el Sr. Rector de la Universidad Nacional, a los efectos de expresarle cuanto sigue:

a) En lo que respecta a la Universidad Nacional:

1.– El Art. 79 de la Constitución Nacional en la normativa que dedica a las “Universidades e Institutos Superiores”, declara la autonomía de las mismas para la política educativa y los planes de desarrollo nacional.

2.– El Art. 83 de la Carta Magna previene la exoneración de los impuestos para las actividades que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación, las cuales no se gravarán con impuestos fiscales ni municipales.

3.– La Ley 125/91 que establece el nuevo régimen tributario, en el Art. 83 numeral 4 inc. a), exonera del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a “las entidades educacionales y de instrucción científica siempre que no persigan

fines de lucro y que las utilidades o excedentes no sean distribuidas directa o indirectamente a sus asociados".

4.– A su vez la Ley 215 de fecha 12 de julio de 1993, exonera de impuestos "Las entidades educativas reconocidas por el Ministerio de Educación y Cultura o el Congreso Nacional".

De consiguiente y conforme a las normativas citadas y transcriptas, la Universidad Nacional, como tal, no debe abonar ningún impuesto.

b) En cuanto a los docentes de la Universidad Nacional:

1.– Según el Art. 78 numeral 2 de la Ley 125/91, por servicio se entiende: toda prestación a titulo oneroso o gratuito, que proporcione a la otra parte una ventaja o provecho, tales como "el ejercicio de profesiones, artes y oficios".

2.– El Art. 77 inc. b) de la Ley 125/91 considera hecho imponible alcanzado por el IVA: "La prestación de servicios, excluidos los de carácter personal que se prestan en relación de dependencia".

3.– El Art. 78 inc. 2, en fine, de la misma Ley 125/91, dispone: "que los sueldos provenientes de retribuciones percibidas por los empleados de la Administración Pública, Entes Autárquicos y Entidades Descentralizadas en concepto de sueldos, dietas o cualquier otra denominación", corresponden a servicios personales prestados en relación de dependencia".

4.– Sobre el punto, la Constitución Nacional en el Art. 101 previene: "Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho de ocupar funciones y empleos públicos. La Ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios o empleados públicos presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial".

5.– El Art. 10 de los Estatutos de la Universidad Nacional expresa: "El Estamento Universitario de la Universidad Nacional de Asunción está compuesto por los docentes escalafonados, los graduados no docentes y los estudiantes...".

El Art. 20 inc. k) de los mismos estatutos citados previene:

"Son deberes y atribuciones del Consejo Superior Universitario: k) Nombrar a los profesores titulares adjuntos y asistentes, a propuesta de los Consejos Directivos de la Facultades".

El Art. 60 del Estatuto establece las categorías especiales de profesores que son:

a) Profesor Contratado;
b) Profesor Visitante;
c) Profesor Encargado de Cátedra; y
d) Docente Libre.

Estos Profesores son nombrados por el Consejo Directivo de la Facultad respectiva, conforme a lo dispuesto en el Art. 37 de los Estatutos.

POR TANTO, los docentes de la Universidad Nacional, designados por las autoridades competentes, son funcionarios públicos y la prestación de servicios personales en tal carácter, se realiza en relación de dependencia, por lo que no son contribuyentes del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Cabe aclarar por último, que la prestación de servicios de los profesores universitarios, en su carácter de docente, no se halla comprendida en la exclusión que hace la Ley 125/91, en la última parte del numeral 2 del Art. 78, en tanto no son servicios independientes de profesionales de nivel universitario, sino en el ejercicio de un empleo público, como docente universitario que se halla presupuestado, sujeto a un horario, a un programa académico a desarrollar y es de carrera.

Sin más, saludamos al Sr. Decano muy atte.

Prof. Dr. Carlos A. Mersán. Miembro
Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro
Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli. Miembro

Asunción, 23 de julio de 2003.

SEÑOR
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Prof. Dr. CARLOS FERNANDEZ GADEA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION
PRESENTE:

De nuestra mejor consideración:

El Instituto de Derecho Público cumple en dirigirse a Usted., en relación a la nota–consulta enviádanos vía fax remitido al estudio jurídico del Director del instituto, con referencia a la prohibición de la doble remuneración para los funcionarios y empleados públicos.

La nota del Señor decano refiere en particular, el caso del pago de remuneraciones mensuales en concepto de Dietas a Miembros del Consejo Directivo de la Facultad, que al mismo tiempo son profesores escalafonados que cobran los sueldos correspondientes a esta última función.

Este caso –Señor Decano– ya ha sido objeto de consulta al Instituto y evacuada según nota dirigida al Señor Decano de entonces, Prof. Dr. Carlos A. Mersán, en fecha 28 de febrero de 1991 que se transcribe a continuación: "Asunción, 28 de febrero de 1991. SEÑOR. PROF. DR. CARLOS A. MERSAN. DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION E.S.D. SEÑOR DECANO: Tenemos el agrado de dirigirnos al Señor Decano con el objeto de elevar a su consideración la opinión consultiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (II Sección Derecho Administrativo, Tributario e Internacional) de esta Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. 1.– La norma del art. 28 de la Ley No. 110/90 que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 1991 se ajusta a Derecho? Dicho art. determina que ningún funcionario público podrá percibir más de un sueldo o dieta del Estado o de las Municipalidades, salvo el caso del ejercicio de la docencia. El que se desempeñare en más de un cargo tendrá derecho a optar por percibir el sueldo o dieta que corresponda a uno de los cargos que ejerciere". Nuestra opinión es afirmativa. La norma presupuestaria concuerda con art. 41 y la excepción el art. 42 de la Ley Nº 200/70 que establece el estatuto del Funcionario Público que pro al funcionario público acumular dos o más sueldos el Estado o de la Municipalidad, salvo la docencia.

Sin embargo, observamos esta norma como inadecuada por no corresponder a los requerimientos de una acertada organización administrativa. La incompatibilidad de tiempo y de funciones deben ser causas excluyentes para

la función pública. Sería injustificable que un maestro de la medicina, un apóstol de la ciencia no pudiera asistir a dos hospitales del estado, en horarios diferentes y con retribuciones modestas. Como justificaríamos la tal incompatibilidad si en la ciudad, el único especialista o experto es requerido a prestar servicios en diferentes horarios. ¿Sería justo que se lo privara de esa remuneración por un trabajo realizado? En este caso, se halla en juego el interés general de la sociedad. La ley debe contemplar las necesidades públicas más prioritarias del pueblo. La excepción prevista a favor de los docentes, también debe extenderse a los científicos, trabajadores de la ciencia y la cultura, asesores y funcionarios con representación institucional en otros órganos. La limitación ha de referirse a la acumulación de remuneraciones, que en ningún caso debería exceder la del Ministro del Poder Ejecutivo. Opinamos que la prohibición de percibir más de un empleo o dieta del Estado o de las Municipalidades debe fundarse en las incompatibilidades de tiempo y de funciones. Así, un presupuestario de la oficina de Impuestos Internos, con horario de 7 a 13 horas no podría simultáneamente trabajar en la de Impuesto a la Renta, en el mismo horario, o un funcionario de la Contraloría Financiera ocupar un cargo público en una oficina recaudadora, por incompatibilidad de funciones. 2.– ¿La función de Decano de la Facultad o de Consejero Docente están amparados por la excepción del art. 42 de la Ley 200 y el art. 20 de la Ley No. 110/90?. Nuestra interpretación es afirmativa, pues dichas funciones se ejercen exclusivamente por la calidad de catedrático universitario. No pueden accederse a la dignidad de decano o al consejo directivo de una facultad, como consejero docente, sino en virtud y en el carácter de profesor en ejercicio de la cátedra. En consecuencia, el cargo de decano y el de consejero docente son funciones en ejercicio de la docencia, en ejercicio de la enseñanza. Son funciones para administrar la enseñanza de una disciplina o de una rama del saber. Su calidad permite al docente, en determinado periodo, orientar, guiar y administrar la enseñanza, dentro de límites fijados por la ley en una unidad académica. Es solo una extensión de la labor de la cátedra. Sin otro particular, aprovechamos esta ocasión para saludar al Señor Decano con nuestra más alta consideración. Firmado: Prof. Luis Enrique Chase Plate. Presidente – Prof. Salvador Villagra Maffiodo. Miembro – Prof. Ramón Silva Alonso. Miembro – Prof. Marco Antonio Elizeche. Miembro."

Al presente dictamen cabe agregar, que la prohibición de la doble remuneración establecida en la Ley 200 Estatuto del Funcionario Público, entonces vigente, se legisla en la Ley Nº 700 de fecha 4 de enero de 1996, que más o menos establece la misma prohibición de la derogada Ley 200/70 Estatuto del Funcionario Público.

La referida prohibición de la doble remuneración se reafirma en la Ley de Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2003 y el Decreto Reglamentario Nº 20139 del 23 de enero de 2003, artículo 91, específicamente, y su reglamentación dispuesta por la Resolución del Ministerio de Hacienda Nº 1389 del 14 de noviembre de 2001.

Al mismo tiempo, cabe hacer notar, en el considerando de la Resolución No. 1389 se cita la Ley 1626/2000 de la Función Pública, en el sentido de que "Ningún funcionario público podrá percibir dos o más remuneraciones de organismos o entidades del Estado. El que desempeña interinamente más de un cargo tendrá derecho a percibir el sueldo mayor.

Cita también la disposición del artículo 62 de la Ley 1626/00 que aclara: "Exceptúase de la disposición del artículo anterior la docencia a tiempo parcial. Ella será compatible con cualquier otro cargo, toda vez que sea fuera del horario de trabajo y no entorpezca el cumplimiento de las funciones respectivas".

A mayor abundamiento transcribe también el artículo 143 de la ley 1626/00 que dispone: "Los funcionarios que se hayan acogido al régimen jubilatorio no podrán ser reincorporados a la Administración Pública. La docencia y la investigación científica quedan excluidas de esta limitación".

Las mencionadas disposiciones transcriptas a que se hace referencia en la Resolución Nº 1389 del 14 de noviembre de 2001, del Ministerio de Hacienda, se hallan en un todo acorde con lo sustentado por este Instituto en el dictamen trascripto que antecede, por lo cual, y considerando que la función de Miembros de los Consejos Directivos de las Facultades, así como del Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Asunción, guarda íntima relación y dependencia con la docencia universitaria, en el sentido de que, para ser miembro de estos cuerpos deliberantes, es requisito sine qua non la calidad y cualidad de profesor escalafonado de la Universidad Nacional, para integrar los mismos en representación del cuerpo de profesores.

Ello surge, por lo demás, de lo dispuesto en los artículos 32, 33, 34 35, 36 y demás concordantes del Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, aprobado el 19 de febrero de 2000, en plena vigencia.

La exceptuación de la docencia y su remuneración, de la prohibición de la doble remuneración, se sustenta en la previsión constitucional del artículo 105 de nuestra Carta Magna que prescribe: "DE LA PROHIBICION DE DOBLE REMUNERACION.

Ninguna persona podrá percibir como funcionario o empleado público, más de un sueldo o remuneración simultáneamente, con excepción de los que provengan del ejercicio de la docencia:

De consiguiente, no puede considerarse incurso en la prohibición de doble remuneración el pago de la dieta a los docentes en su condición de miembros de los Consejos Directivos Universitarios y las que al mismo tiempo le corresponden por el ejercicio de la función pública en el carácter de profesor universitario.

Sin más, saludamos al Señor decano con las expresiones de nuestra mejor consideración y estima.

Prof. Dr. Carlos A. Mersán. Miembro
Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro
Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli. Miembro

Asunción, 23 de julio de 2003.

SEÑOR
Prof. Dr. CARLOS FERNANDEZ GADEA
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION
PRESENTE:

De nuestra mejor consideración:

El Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, cumple en dirigirse a Ud. a los efectos de expresarle cuanto sigue:

Que hemos recibido la nota del Señor Decano con la carpeta de antecedentes sobre el pedido de parecer y dictamen del instituto de Derecho Público, formulado por la Cooperativa Multiactiva Ferroviaria de Producción y Servicios “Presidente Carlos Antonio López” Ltda., sobre el proyecto de ley de tercerización para la explotación y modernización del servicio del ferrocarril nacional “Presidente Carlos Antonio López”, hoy FERROCARRILES DEL PARAGUAY S.A. (FEPASA).

Que en el arranque de nuestra labor, conviene puntualizar que:

a) Que a los efectos de recabar la mayor información sobre el caso in examine, a instancia del Miembro del Instituto Prof. Dr. Carlos A. Mersán, se ha arrimado, por intermedio de "Organización Labor", una profusa documentación atinente a la creación y funcionamiento del ferrocarril nacional, desde sus inicios hasta el presente.

b) También hemos recurrido a la Escribanía Mayor de Gobierno, que atentamente nos proveyó una versión fotostática de la escritura de constitución de la empresa "Ferrocarriles del paraguay S.A." (FEPASA), pasada ante dicha Escribanía por escritura No. 1048 de fecha 21 de agosto de 2002.

c) Que a partir de dicho instrumento público, hemos conseguido también el basamento jurídico–administrativo que sustenta la escritura pública de constitución de FERROCARRILES DEL PARAGUAY S.A. (FEPASA), esto es el Decreto Nº 17.061 de fecha 30 de abril de 2002 "Por el cual se reglamentan aspectos de la Ley Nº 1615/00 Relacionados con la Transformación del Ferrocarril Presidente Carlos Antonio López y se crea una nueva entidad jurídica que se regirá por las normas pertinentes del Derecho Privado", así como también el Decreto Nº 11.054 de fecha 3 de noviembre de 2000 "Por el cual se declaran iniciados los procesos de reorganización y transformación para la modernización de los organismos de la Administración Central y de las entidades Descentralizadas del estado, conforme a lo dispuesto en la Ley Nº 1615/00".

d) También hemos solicitado y se nos ha proveído por parte de la cooperativa recurrente los estatutos de la Cooperativa Multiactiva de Cooperación y Servicios "Presidente Carlos Antonio López Ltda.", debidamente inscriptos en el instituto Nacional de Cooperativismo, que también han sido examinados.

Ya en el inicio de nuestra tarea dictaminante, cabe hacer no el proceso general de reorganización y transformación de entidades públicas descentralizadas se inicia con la Ley Nº 15/00 "DE PRIVATIZACION DE LAS EMPRESAS PUBLICAS".

Entre las entidades descentralizadas sujetas a privatización, la Ley cita:

a) Administración Nacional de telecomunicaciones (ANTELCO),
b) Corporación de obras Sanitarias (CORPOSANA);

c) Ferrocarril Carlos Antonio López (FCAL). Art. 3º, de la Ley 1615/00

Por Ley Nº 1932 de fecha 5 de junio de 2002 "QUE SUSPENDE LA APLICACION DE LA LEY Nº 1615/00…" queda por ende trabado y paralizado el proceso de privatización de las entidades citadas precedentemente.

Por Ley Nº 1955 de fecha 30 de julio de 2002, SE EXCEPTUA AL FERROCARRIL PRESIDENTE CARLOS ANTONIO LOPEZ DE LA VIGENCIA DE LA LEY Nº 1932 "QUE SUSPENDE LA APLICACION DE LA LEY Nº 1615/00, GENERAL DE REORGANIZACION Y TRANSFORMACION DE ENTIDADES PUBLICAS DESCENTRALIZADAS Y DE REFORMA Y MODERNIZACION DE ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACION CENTRAL".

Esta Ley dispone la continuidad del proceso de transformación del Ferrocarril Presidente Carlos Antonio López en sociedad anónima, tendiente al otorgamiento de su concesión, en el marco de la Ley Nº 1615/00 (Art. 1º de la Ley Nº 1955).

El artículo 2º de la misma ley, previene que los estatutos de la nueva entidad serán realizados por la Escribanía Mayor de Gobierno y proceder a la inscripción de la sociedad anónima (art. 3º), instrumento público que ya se ha realizado y cuya copia fotostática tuvimos a la vista, conforme se hace notar más arriba.

En ejecución de la Ley Nº 16 15/00, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Nº 17.061 de fecha 30 de abril de 2002 que crea la nueva entidad Sociedad Anónima independiente del Ferrocarril Carlos Antonio López, bajo la denominación de "FERROCARRILES DEL PARAGUAY S.A." (FEPASA). Art. 1º del citado Decreto.

La disposición normativa reglamentaria, fija su capital social en la suma de Gs. 10.000.000, siendo el Estado Paraguayo propietario de todas las acciones de la nueva entidad, menos una, de la cual es propietaria la empresa "SERVICIOS SANITARIOS DEL PARAGUAY" (ESSAP).

Cabe destacar, que una vez inscripta la sociedad anónima, todo el proceso de precalificación y licitación pública para la concesión, estará sometido a la verificación y control de la Contraloría General de la República (art. 3º de la Ley Nº 1955/02), con lo que se denota el objetivo claro de la ley para

la venta de las acciones o la capitalización de estas empresas por la modalidad de la licitación pública, conforme a lo dispuesto en los artículos 23, 24, 25, 26, 27, 28 y concordantes de la Ley Nº 1615/00.

La entidad recurrente "Cooperativa Multiactiva de Servicios ferroviarios Ltda.", conforme a la carpeta de antecedentes y la presentación efectuada al Congreso Nacional, propugna llegar a la concesión de una tercerización para la "RECONSTRUCCION DEL FERROCARRIL PRESIDENTE CARLOS ANTONIO LOPEZ Y SU ADMINISTRACION AUTONOMA DURANTE TREINTA AÑOS A FAVOR DE LA COOPERATIVA MULTIACTIVA FERROVIARIA DE PRODUCCION Y SERVICIOS "PRESIDENTE CARLOS ANTONIO LOPEZ LTDA.".

Tal proyecto se consigna en el proyecto de ley elevado al parlamento y que figura en la citada carpeta de antecede t y donde se destaca la declaración de interés nacional de la inversión, sin la garantía el estado, para la total habilitación del tramo AsunciónEncarnación y ramales (art. 1º del proyecto de ley) y la autorización al Poder Ejecutivo a tercerizar por treinta años la administración del ferrocarril, a favor de la citada cooperativa Multiactiva Ferroviaria Ltda., a cuyo efecto se deberá suscribir el correspondiente CONTRATO DE TERCERIZACION (art. 2º del proyecto de ley).

Este plazo de tercerización podrá ampliarse por un periodo igual, cumplido el plazo acordado, todo el activo de la Cooperativa Ferroviaria concesionaria, pasará al dominio del estado Paraguayo, sin indemnización alguna (arts. 3º y 4º del proyecto de ley obrante en el Congreso Nacional).

SEÑOR DECANO: Si bien se puede calificar de muy loable y auspicioso el proyecto de tercerización y el modelo y objetivos que insume la presentación de la Cooperativa Multiactiva Ferroviaria Presidente Carlos Antonio López Ltda. sin embargo, a la vista de las disposiciones legales y normativas citadas precedentemente y en plena vigencia, ellas no avalan ni autorizan en ninguna parte, la concesión de la explotación y administración del servicio del Ferrocarril Nacional Presidente Carlos Antonio López, en la forma y modelo de una TERCERIZACION.

El objetivo de la Ley Nº 1615/00 que revive en virtud de lo dispuesto en la Ley Nº 1955/02, es propender a la PRIVATIZACION del ferrocarril presidente Carlos Antonio López, a través de la venta de su capital accionario por licitación pública nacional e internacional y de las cuales es propietario el Estado Paraguayo y la ESSAP en la proporción establecida en el Decreto

Nº 17.061/02 y la escritura de constitución de FERROCARRILES DEL PARAGUAY S.A. (FEPASA) pasada ante la Escribanía Mayor de Gobierno por escritura Nº 1048 de fecha 21 de agosto de 2002. Como se ve, pues, la entidad ya ni siquiera conserva el nombre de Ferrocarril Presidente Carlos Antonio López, que era su anterior denominación, en tanto ahora se llama Ferrocarriles del Paraguay S.A. (FEPASA).

De consiguiente, y reafirmando una vez más nuestro irrestricto respeto al principio de legalidad, prevalente en el Derecho Público, la entidad recurrente no tiene, a nuestro juicio, otra opción, sino que ajustarse a los requerimientos de las disposiciones legales citadas precedentemente y presentarse en tiempo oportuno, al llamado de licitación pública nacional e internacional correspondiente, si así conviniere a sus derechos.

Sin más, saludamos al Señor Decano con las expresiones de nuestra mejor consideración y estima.

Prof. Dr. Carlos A. Mersán. Miembro
Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro
Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli. Miembro

Asunción, 31 de marzo de 2004.

SEÑOR DECANO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION
Prof. Dr. CARLOS FERNANDEZ GADEA
PRESENTE:

De nuestra mejor consideración:

El Instituto de Derecho Público cumple en dirigirse a Ud. a los efectos de expresarle cuanto sigue:

Que hemos recibido la nota del Sr. Decano, donde requiere un dictamen del Instituto en relación a una solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la firma de un convenio de cooperación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Universidad Nacional de Asunción.

El referido convenio tiene como objetivo la realización de pasantías en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que estudiantes paraguayos de últimos años de las Facultades de Derecho, puedan adquirir experiencias en materia de Derechos Humanos y su tratamiento en tan importante cónclave.

Para el efecto acompaña modelo de convenios ya firmados con la Universidad Autónoma de México, con la Universidad de Sevilla y con la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de la República del Perú.

Analizada la cuestión por los miembros del Instituto, no hemos encontrado impedimento legal alguno para la celebración del referido convenio entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Universidad Nacional de Asunción.

Es más, el Instituto considera a todas luces plausible y muy conveniente los objetivos asignados para la firma de este acuerdo, en la medida en que los estudios jurídicos específicos, los cursos, las conferencias, los talleres y demás actividades programadas, así como el intercambio y acceso a información sistematizada y consulta de material bibliográfico, serán de invalorable provecho para los alumnos de la Facultad de Derecho que puedan concurrir y participar en dichos emprendimientos.

Sin otro particular saludamos al Sr. Decano con las expresiones de nuestra mejor consideración.

Prof. Dr. Carlos A. Mersán. Miembro
Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro
Prof. Dr. Juan Bautista Rivarola Paoli. Miembro

Asunción, de noviembre de 2004.

SEÑOR DECANO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION
Prof. Dr. CARLOS FERNANDEZ GADEA
PRESENTE:

De nuestra mejor consideración:

El Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, dependiente del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad, cumple en dirigirse a Ud. y por su digno intermedio al Consejo Directivo a los efectos de expresarle cuanto sigue:

Que por nota de fecha 19 de agosto de 2002 de la Dirección Académica, se comunica, oficialmente, la designación en el carácter de Director del Instituto de Derecho Público del Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche, en reemplazo del Prof. Dr. Luis Enrique Chase Plate, con permiso, para el cumplimiento de una Misión Oficial encomendada por el Superior Gobierno.

Que inmediatamente nos hemos abocado a confirmar, como primera medida, la integración oficial del Instituto con la siguiente conformación:

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

REALIZACIONES DEL INSTITUTO EN EL AÑO 2002

Ya abocados a nuestro cometido, recibimos del Señor Decano la nota del Pdte. Del Honorable Cámara de Senadores, Senador de la Nación Juan Carlos Galaverna, donde se solicita la opinión del Instituto sobre el proyecto de Ley "QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO A CONTRATAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS PARA LA FISCALIZACION DEL PAGO Y DE LA PERCEPCION DE LOS TRIBUTOS DE LA LEY Nº 125/91, QUE ESTABLECE EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO, ASI COMO DE AQUELLOS REGIDOS POR LA LEY Nº 1173/85 QUE SANCIONA EL CODIGO ADUANERO"

En fecha 20 de setiembre de 2002 el Instituto de Derecho Público pronuncia su primer dictamen sobre la consulta del Pdte. de la Cámara de Senadores y remite copia al Señor Decano con entrada Nº 3780 de fecha 4 de setiembre de 2002. Se acompaña fotocopia.

En fecha 5 de noviembre del año 2002 en nota con entrada Nº 4276 el Instituto de Derecho Público eleva al Señor Decano un anteproyecto de reglamento presentado por el Director del Instituto."QUE ESTABLECE LOS FI-

NES Y REGULA EL FUNCIONAMIENTO EL INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION".

Este emprendimiento del Instituto era de absoluta prioridad a fin de normatizar adecuadamente el objetivo y fines del órgano, así como su cometido y el régimen procedimental para requerir sus servicios asistenciales.

Por resolución Nº 471 del 21 de noviembre de 2002 el Consejo Directivo de la Facultad aprueba el proyecto de reglamento presentado por el Director del Instituto de Derecho Público entre cuyas disposiciones más resaltantes cabe citar:

a) El reconocimiento del Instituto de Derecho Público como órgano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Art.1º).

b) La fijación de su domicilio legal y la articulación de sus fines (Arts. 2º y 3º).

c) Consagra la gratuidad de los servicios de asesoramiento del Instituto, salvo los aranceles que la Universidad Nacional considere establecer (Art. 4º);

d) Las formalidades, procedimiento y trámite para acceder a los servicios del Instituto, donde resalta la mediación en todos los casos del Señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Se acompaña también un testimonio en fotocopia de dicha resolución.

REALIZACIONES DEL INSTITUTO EN EL AÑO 2003

En fecha 11 de abril del año 2003 el Señor Decano remite al Instituto una carpeta conteniendo todos los antecedentes administrativos de un proyecto "DE CESION A TERCEROS DE LA GESTION TRIBUTARIA PARA LA MUNICIPALIDAD DE ASUNCION, SERVICIO INTEGRAL A RIESGO", en nota con entrada Nº 7041 de fecha 11 de abril de 2003 suscrita por los Concejales José Antonio Galeano, Artemio Benítez, Arístides Morales, Nicolás Chase, Luis Boh y Ana Maria Ferreira.

El Instituto de Derecho Público emite su parecer en dictamen de fecha 30 de abril de 2003, elevada al Sr. Decano con entrada Nº 7472 de fecha 5 de mayo de 2003.

Este dictamen, así como el que se ha realizado evacuando la consulta del Pdte. de la Cámara de Senadores Juan Carlos Galaverna sobre la contratación de empresas para la fiscalización y percepción de tributos de la ley 125/ 9 1, Nuevo Régimen Tributario y del Código Aduanero Ley 173/85, ha merecido una notable consideración y valoración de las entidades oficiales recurrentes, tanto por el soporte doctrinario de las fundamentaciones del Instituto, así como las citas normativas constitucionales y legales puntualizadas a lo largo de su contenido.

Así mismo, sin mediación ni intervención alguna por parte del Instituto, a pedido expreso de la Lic. Hebe Gómez Cassanello coordinadora de la revista doctrinaria y profesional "Análisis. La Ley Paraguaya", se publicó íntegramente la consulta y dictamen del Instituto de Derecho Público en la edición Nº 5 correspondiente al mes de mayo de 2003, con destaque, abarcando las páginas 37 al 46 de la citada y prestigiosa revista.

Por nota de fecha de 20 de mayo de 2003 del Señor Rector de la Universidad Nacional de Asunción, Prof. Dr. Darío Zarate Arellano y a instancias del Sr. Decano, se recurre al Instituto de Derecho Público solicitando su opinión sobre el alcance del Impuesto al Valor Agregado (IVA) para los docentes de la Universidad Nacional de Asunción.

En fecha 18 de junio de 2003 el Instituto de Derecho Público pronuncia el correspondiente dictamen, evacuando las consultas y elevándola al Señor Decano según nota con entrada Nº 8261 de fecha 18 de junio de 2003. Se acompaña igualmente fotocopia del dictamen.

En fecha 12 de mayo de 2003, por nota remitida por el Señor Decano al Instituto, se nos remite la carpeta conteniendo los antecedentes sobre el pedido de parecer y dictamen del Instituto de Derecho Público formulado por la Cooperativa Multiactiva Ferroviaria de Producción y Servicio "Pdte. Carlos Antonio López" Ltda., sobre el proyecto de ley que autoriza al Poder Ejecutivo a suscribir con la Cooperativa un contrato de tercerización.

En fecha 23 de junio del año 2003, en nota dirigida al Dr. Decano con entrada Nº 8864 de fecha 28 de julio de 2003 el Instituto evacua la consulta con el correspondiente dictamen, cuya fotocopia se acompaña.

REALIZACIONES DEL INSTITUTO EN EL AÑO 2004

En el año 2004, según nota de fecha 31 de marzo de 2004, con entrada Nº 1528, el Instituto de Derecho Público pronuncia su correspondiente dictamen en contestación a un pedido del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde se solicita el parecer de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para la concreción de la firma de un convenio de cooperación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Universidad Nacional de Asunción a fin de que estudiantes paraguayos de los últimos años de las Facultades de Derecho puedan realizar pasantías en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se acompaña asimismo fotocopia del referido dictamen.

Señor Decano: El presente relatorio insume los trabajos específicos realizados por el Instituto de Derecho Público, dependiente del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, que abarca las presentaciones de los años 2003, 2004 y 2005, a partir del discernimiento y nominación de la Nueva Dirección del Instituto y la confirmación de los miembros que lo integran, con lo cuál creemos, sinceramente, que hemos desplegado todo el esfuerzo y dedicación humanamente posibles para la realización de nuestro cometido institucional.

Creemos – Señor Decano– que la actuación del Instituto se ajusta y sigue respondiendo a las expectativas que auspiciaron su creación desde el principio, en la producción de dictámenes que por su rigor doctrinario y académico, han merecido el reconocimiento y valoración, no solo al Instituto de Derecho Público, sino a la propia Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Por último, solicitamos al Señor Decano que sea elevada una copia al Consejo Superior Universitario para lo que hubiere lugar.

Sin más, saludamos al Sr. Decano con las expresiones de nuestra mejor consideración.

Prof. Dr. Carlos A. Mersán. Miembro
Prof. Dr. Marco Antonio Elizeche. Director
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión. Miembro
Prof. Dr. Juan autista Rivarola Paoli. Miembro

DIRECCION DE ASISTENCIA LEGAL A PERSONAS DE ESCASOS RECURSOS

Asunción, 21 de diciembre de 2004

Prof. Dr. JOSE RAUL TORRES KIRMSER
Director General de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Asunción
Asunción, Paraguay

De mi mayor consideración:

Tengo el honor de dirigirme a usted, en el carácter de Director de la Dirección de Asistencia Legal a Personas de Escasos Recursos y Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Penal I y II Parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, con el objeto de presentarle mis respetuosos saludos y merced a la presente, poner a su conocimiento y consideración sobre las gestiones cumplidas a la fecha:

1.- Remitimos copia de los Informes Individuales Mensuales presentados por cada uno de los Abogados que conforman el Equipo de Profesionales de Asistencia Legal, y la disposición de los archivos en la Secretaría de esta Dirección.

2.- Remitimos cuadro cuantitativo de casos atendidos por Profesionales Abogados de Asistencia Legal hasta la fecha, para su posterior informe al Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción.

3.- Contamos con la presencia del señor Decano, Profesores y alumnos, e Invitados Especiales; durante la CONFERENCIA MAGISTRAL sobre “LA GLOBALIZACION Y LA IMPORTANCIA DEL FORTALECIMIENTO DE LOS LAZOS DIPLOMATICOS, CULTURALES, COMERCIALES E INTERCAMBIO DE TECNOLOGIA ENTRE PARAGUAY Y TAIWAN”, dictada

por el Excelentísimo Embajador de la República de Taiwán, Señor BING F. YEN el día lunes 28 de junio del cte. año próximo pasado; como así mismo en la presentación de la obra titulada "LECCIONES DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL"; de los autores Prof. Dr. OSCAR RODRIGUEZ KENNEDY y Prof. Abog. EMILIANO ROLON FERNANDEZ, realizado el día viernes 9 de julio de 2004 y la Jornada Taller sobre "LEY 1600/2000, Género, Discriminación y Tipos de Violencia", con la Fundación KUÑA ATY y participación activa de alumnos del segundo curso turno tarde, de 18:00 a 21:00 horas el día lunes 26 de julio del cte. año, realizados en el Aula Magna de nuestra Alta Casa de Estudios.

4.- Remitimos nómina de alumnos del segundo al sexto curso asignados como pasantes a cada Abogado como Tutor de los mismos; para Práctica Judicial Forense dentro del Plan de Extensión Universitaria.

5.- Renovación de Convenios firmados con: a) Fundación KUÑA ATY, b) Convenio firmado con la Cátedra de Técnicas de Litigación Adversarial con el Profesor Encargado Dr. RAFAEL FERNANDEZ ALARCON y el Prof. Abog. JOSE I. GONZALEZ MACCHI, c) Remisión al Ministerio de Justicia y Trabajo del CONVENIO DE COOPERACION TECNICA LEGAL entre ambas Instituciones.

6.- Recibimos Nota del Señor SERGIO R. GUZMAN, Director Interino USAID, de fecha 10 de mayo de 2004 , en la que se excusa por tener sus fondos comprometidos en Proyecto de Mediación con las CODENIS y Juzgados de Paz, implementado por INECIP/PARAGUAY, sobre un Proyecto propuesto sobre DELINCUENCIA JUVENIL y METODOS DE PREVENCION.

7.- En fecha 12 de mayo de 2004, recibimos nota del Excelentísimo Ministro de Justicia Dr. JUAN DARIO MONGES ESPINOLA, en la que AUTORIZA la prosecución de las visitas a la Penitenciaría de Asunción, Casa del Buen Pastor y Centro Educativo de Itauguá para desplegar trabajos pertinentes en el marco del Convenio de Cooperación Interinstitucional.

8.- Notas remitidas a la Primera Dama de la Nación, Señora MARIA GLORIA PENAYO de DUARTE, en la primera ponemos a su conocimiento la Prestación Gratuita de Asistencia Legal a Personas de Escasos Recursos, le cursamos una cordial invitación para la presentación de la obra en coautoría con el Prof. Abog. Emiliano Rolón Fernández, y otra en la cual ponemos a su consideración la Elaboración de un Censo de los Niños de la Calle con ayuda de la Policía Nacional y buscar Hogares de Albergues para los Niños de la

calle, imitando la labor desplegada por “Don Bosco Roga”, proponiendo que lleve el nombre “Hogar Felicita”, en homenaje a la niña Felicita; auspiciado por la Fundación de la Primera Dama y la Dirección de Asistencia Legal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.

9.- Designación de los Abogados ADELA LOPEZ OVIEDO, LORENA MORINIGO MONTANIA, JUAN ENRIQUE SANCHEZ y ENRIQUE ESPINOLA, comisionados para cobertura del listado de internos con LIBERTAD CONDICIONAL de la Penitenciaría de Tacumbú proveída por el Juzgado de Ejecución. Al Abog. LUCILOS NICOLAS CARDOZO SALINA comisionado para atenciones en Santaní y San Pedro. Al Abog. HUGO FERNANDEZ CUENCA comisionado al Centro Educativo de Itauguá, para obtener Poder de menores con Cómputo para Libertad Condicional, del listado proveído por el Juzgado de Ejecución de Penas, seleccionados los que en 2004 y 2005 ya están con posibilidades de obtenerlas. Adjuntamos Copias de ambos Listados.

10.- Recibimos Nota de la Jueza de Ejecución y Sentencia Dra. ANA MARIA LLANES en la que sugiere proseguir con intervención de los profesionales que forman parte de esta Dirección de Asistencia Legal en los casos cuyos condenados han compurgado sus penas y/o de aquellos que tienen derecho a solicitar la Libertad Condicional.

11.- Nota recibida de la Ayudantía General Nº 156, a cargo del Comisario Principal DAEP MANUEL HUGO CAMPOS BRITEZ, Ayudante General, en la cual hace referencia a la Constitución Nacional para el ingreso a las Comisarías por los profesionales del Derecho en forma libre y sin ninguna restricción para la defensa de toda persona afectada a esa repartición, de fecha 29 de junio de 2004.

12.- Nota D.G. Nº 225/04 del 6 de julio del año en curso, enviada por la Defensoría General, Ministerio de la Defensa Pública, a cargo de la Defensora General Abog. NOYME YORE ISMAEL, en atención a la que le fuera remitida por esta Dirección, en fecha 7 de junio de 2004, por la que presta colaboración en la depuración y monitoreo de la Lista de Condenados recluidos y con derecho a libertad condicional a nuestros Abogados comisionados.

13.- Remitimos copia del Resultado Selectivo de Extensión Universitaria realizado por la Academia Técnica de Estudios Jurídicos y Sociales A.T.E.J.U.S., realizada el viernes 23 de julio del año en curso, siendo preseleccionados los 18 mejores puntajes que harán Pasantía Judicial bajo tutoría de los Abogados de esta Dirección.

14.- Nota remitida a Su Excelencia BING F. YEN, Embajador de la República de China, solicitando respuesta al pedido entregado por los Estudiantes de esta Alta Casa de Estudios, como así mismo los agradecimientos en nombre del señor Decano, Prof. Dr. CARLOS FERNANDEZ GADEA y del Presidente del Centro de Estudiantes, LEANDRO PRIETO RUIZ, por la grata impresión causada durante la Conferencia Magistral dictada en su oportunidad.

15.- Nota remitida por el COMANDO DE INSTITUTOS MILITARES DE ENSEÑANZA DEL EJERCITO, ESCUELA DE PERFECCIONAMIENTO DE OFICIALES DEL EJERCITO, COMANDANCIA; en la que invita al Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy, titular de esta Dirección, para dictar una Clase de tres horas el día jueves 12 de agosto del año en curso, de 08:40 a 11:00 horas sobre el tema: "La Garantía Procesal Penal y la Constitución Nacional". Cabe destacar que están comisionados para dicha oportunidad como invitados el Abog. Hugo Fernández Cuenca; la Abog. Lorena Morínigo Montanía; la Prof. Abog. Olga Beatriz Morán, Auxiliar de Cátedra; y la señorita Gladys Almada Cáceres, Secretaria Asistente.

16.- Notas y Memorando enviados a la Dirección Administrativa para suministro de VIATICOS, pues a la fecha llevamos 105 alumnos inscriptos para Pasantía Judicial bajo tutoría de los Profesionales Abogados de esta Dirección. Alumnos del segundo al sexto curso, cuyas fichas personales obran en la Secretaría de esta Dirección, y remitimos las asignaciones correspondientes.

17.- Tras el lamentable episodio ocurrido el 1 de agosto de 2004, en el Supermercado YCUA BOLAÑOS, tantas familias quedaron sumidas en el dolor y desconsuelo por la pérdida, desaparición y heridas sufridas por los familiares que fueron sorprendidos por el voraz incendio y solidarizándonos con el desamparo de muchos de ellos, hemos tomado intervención en casos que recurren a diario hasta las oficinas de ASISTENCIA LEGAL A PERSONAS DE ESCASOS RECURSOS, con una atención gerenciada a los recurrentes, elevando la nómina y registro de los mismos, como así mismo el Proyecto de Presentación de Diligencias Preparatorias que adjuntamos a este informe. Destaco la participación de Abogados Voluntarios que prestan su colaboración de manera desinteresada y gratuita bajo mi supervisión.

18.- En fecha, 9 de septiembre del año en curso, hemos remitido a través del Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, MIGUEL CARRIZOSA GALIANO, a consideración del Honorable Congreso Nacional el "AN-

TEPROYECTO DE LEY QUE REPRIME Y CASTIGA EL TERRORISMO", tras ocho meses de arduo trabajo que consta de 88 artículos; resultante de un Congreso llevado a cabo en nuestra Alta Casa de Estudios, de cuyo seno se constituyó una Comisión HAD HOC, presidida por el Señor Decano Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea e integrantes Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes, Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy, Prof. Dr. Emiliano Rolón Fernández, el Abog. Arnaldo Giménez Cabral y como Secretario Ejecutivo el Abog. Juan Angel Dellavedova.

19.- Tal como lo teníamos establecido, en fechas 18 y 19 de septiembre de 2004, hemos realizado (la Dirección de Asistencia Legal y la Cátedra del segundo curso turno tarde de Derecho Penal) el "PRIMER SIMPOSIO NACIONAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", en el Aula Magna de la Institución, de 08:00 a 19:00 horas, ambas jornadas.

20.- Nota remitida al señor Decano de nuestra Facultad, en fecha 28 de octubre del cte. año; proponiendo el inicio en el 2005 e implementación del "Instituto de Mediación para la Resolución de Conflictos Prejudiciales", a cargo de la Prof. Matilde Haydée Paciello, Postgraduada en Mediación, dentro del marco de Extensión Universitaria con los Alumnos que realizan Pasantía Judicial en Asistencia Legal.

21.- En fecha 18 de noviembre remitimos el material requerido por el distinguido Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser, Director de la Revista Jurídica; el Artículo "BASES LEGALES PARA LA IMPOSICION DE LA PENA", doctrina de la coautoría del Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy y la Abog. Beatriz Olga Morán Avalos (Auxiliar de la Enseñanza de Derecho Penal I, Turno Tarde).

22.- Hemos firmado Convenio entre el Ing. Forestal César Cardozo Román, Director General de Investigación Científica y Tecnológica del Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, y como Investigador Principal el suscripto, Prof. Dr. Oscar Rodríguez Kennedy; dentro del Marco de Investigación "FORMACION CONTINUA Y REFORMA DEL CODIGO PENAL". Cabe destacar que hemos remitido como primera etapa, el Compendio del Primer Simposio Nacional de Derecho Penal y proyectamos para la segunda etapa un Ciclo de Conferencias para el mes de abril del 2005 en el Aula Magna de la Facultad y Publicaciones.

23.- En fecha 14 de diciembre de 2004, remitimos a los Miembros del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho un Cuadro real de

salarios y aportes percibidos, solicitando un AUMENTO EN LAS REMUNERACIONES SALARIALES, BONIFICACIONES Y GRATIFICACIONES para Abogados y Funcionarios a cargo de Asistencia Legal, por la cantidad de personas que recurren a diario hasta nuestras oficinas, la mayoría de muy escasos recursos económicos y por carecer de fondos para viáticos, fotocopias de expedientes, notificaciones, colacionados y demás gastos judiciales.

24.- Anexamos el Resumen de Creación, Objetivos, Conformación y Actividades proyectadas para el año 2005.

En respuesta a su requerimiento elevamos el resumen de actividades más resaltantes dentro de todo el espectro de cobertura cumplido por esta Dirección y colaboradores integrantes de la misma, hago propicia la oportunidad para saludarle con mi consideración más distinguida.

Muy atentamente,

Prof. Dr. OSCAR RODRIGUEZ KENNEDY
Director de la Dirección de Asistencia Legal a
Personas de Escasos Recursos.
Catedrático Titular de Derecho Penal I y II Parte

CURSO PROBATORIO DE ADMISION

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción ofrece cada año el Curso Probatorio de Ingreso (C.P.I.), como el primer nivel académico de estudios generales para el ingreso a las carreras que se desarrollan en la Facultad: Derecho, Notariado, Ciencias Sociales y Ciencias Políticas.

Este curso Pre-universitario congrega a miles de estudiantes que asisten a clases tanto en la Sede Central, como en las Filiales de Coronel Oviedo, San Juan Bautista, Pedro Juan Caballero y las Secciones Caacupé y Quiindy.

El curso contempla 350 horas de clases. En las que se desarrollan las cinco (5) materias que corresponden al Plan de Estudios.

El curso es pre-universitario, fundamentalmente de nivelación, y no otorga crédito alguno para las carreras propiamente universitarias.

Los postulantes que asisten al Curso Probatorio se preparan para un riguroso examen de ingreso, donde los alumnos darán prueba de su dedicación a los estudios, el interés por ingresar en la carrera que eligieron y fundamentalmente, darán prueba de su talento e inteligencia.

Los exámenes de ingreso son corregidos por el sistema de procesamiento electrónico de datos con técnicos contratados para el efecto, lo cual confiere seriedad y transparencia al proceso de selección de estudiantes.

Finalizado el examen de ingreso, los alumnos ya cuentan con las claves de respuestas correctas. Al término de la corrección, los puntajes son publicados en la página WEB de la Facultad.

Actualmente es Director General del Curso Probatorio de Ingreso, el Prof. Dr. Raúl Marco Battilana Nigra.

El presente Reglamento del Curso Probatorio de Ingreso fue aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A., en Sesión de fecha 10 de noviembre de 2004, Acta 22/2004.

REGLAMENTO

I. DE LOS POSTULANTES

Art. 1°- Asistir puntualmente a las clases en el horario correspondiente.

Art. 2°- Guardar la compostura debida tanto dentro del aula como fuera de ella.

Art. 3°- Observar el debido respeto al personal directivo, docente, administrativo y compañeros del curso.

Art. 4°- Acatar las disposiciones de las autoridades de la facultad.

Art. 5°- Demostrar contracción al estudio.

Art. 6°- Evitar todo tipo de comportamiento que altere el orden de la clase y dentro del predio de la facultad.

Art. 7°- Cuidar la buena conservación del edificio, mobiliario y equipos de la facultad.

Art. 8°- Presentarse a clases y a los exámenes con vestimenta decorosa y discreta.

II. DE LAS EVALUACIONES

El curso se evaluará de acuerdo con los siguientes criterios:

Art. 1º.- Evaluación de carácter formativo.

Los alumnos se presentarán a una prueba parcial formativa para evaluar los conocimientos, y se entrenarán en el tipo de examen que será aplicado en los siguientes exámenes.

Art. 2º.- Evaluación de carácter habilitante.

El alumno deberá presentarse a un examen que lo habilitará para el examen de ingreso. La prueba versará sobre todos los contenidos de los programas de estudios de las cinco materias que corresponden el Plan de Estudios.

El examen constará de 80 itemes.

Tendrá un puntaje de 400 puntos, correspondiendo 16 puntos a cada materia, con un valor de 5 puntos por cada ítem.

Para la aprobación del examen habilitante el alumno deberá completar como mínimo el 50% del puntaje total, lo que le dará derecho a presentarse al examen de ingreso

Art. 3º.- Examen de Ingreso

El examen de ingreso es un acto solemne, del cual participa todo el personal Directivo, Docente, Técnico y Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Los alumnos que hayan aprobado el 50% del examen habilitante tendrán derecho a presentarse al examen de ingreso.

La prueba es de carácter objetivo.

Art. 4º.- El equipo de jefes de área constituye un organismo auxiliar del Comité de Admisión.

Art. 5º.- Los jefes de área elaborarán con la debida anticipación un banco de preguntas, el cual deberá ser mantenido en total y absoluta reserva. Serán los únicos responsables del cumplimiento de este articulo.

Art. 6º.- El examen de Ingreso se elaborará con 80 itemes sorteados de entre las preguntas presentadas, en el momento, por cada jefe de área, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

- El sorteo de temas para el examen de ingreso se llevará a cabo en acto público ante la presencia del Decano, Miembros del Comité de Admisión y otros invitados especiales.

- Los temas serán presentados en el momento por cada jefe de área, quien deberá tener en cuenta que el examen abarcará los puntos más importantes del programa de cada materia, tratando en lo posible abarcar todo el contenido programático y evitando la repetición de cuestiones sobre un mismo tema. Para el efecto, los itemes se presentarán clasificados por área de contenido.

- La Facultad arbitrará las medidas necesarias para que los temas sean elaborados con las normas adecuadas al tipo de prueba objetiva que rige en el examen de ingreso. Para el efecto, podrá poner a disposición de los jefes de área los servicios de un Técnico en Evaluación, quien los asesorará en la elaboración del examen.

Art. 7º.- El postulante ingresará a la sala de examen, portando solamente la Cédula de Identidad y el carnet identificatorio que le será proveído por la Facultad.

Art. 8º.- En ningún caso se permitirá dentro del aula el uso de celulares, bipers u otro medio de comunicación.

Art. 9º.- El Examen de Ingreso se desarrollará en un solo día, fecha, lugar y hora fijada por el Consejo Directivo a través del Comité de Admisión. La calificación de un postulante ausente equivale a "0" cero. No se admitirán justificaciones de ausencia.

Art. 10º.- El examen versará sobre las 5 (cinco) asignaturas desarrolladas en el Curso Probatorio de Ingreso y el total de preguntas será de 80 (ochenta), como máximo y contendrá 16 (diez y seis) preguntas de cada una de las materias. Cada una de las preguntas valdrá 5 (cinco) puntos. Consecuentemente, el total de puntos obtenibles en el examen será de 400 (cuatrocientos).

Art. 11º.- El examen será redactado de conformidad con el llamado sistema de selección múltiple, con una cantidad de opciones no mayor de cinco en cada caso.

Art. 12º.- A cada postulante se le entregará un cuadernillo de ejercicios con las hojas de respuestas, en la cual se asentarán las respuestas según el criterio de cada postulante.

Esta hoja será depositada en la urna para su posterior corrección.

Art. 13º.- La corrección de los exámenes se hará por el Sistema de Procesamiento

Electrónico de Datos con especialistas contratados para el efecto. Las Planillas serán firmadas por el Decano, Vice Decano, las autoridades presentes y los responsables de la elaboración del examen.

Art. 14º.- Las planillas con los puntajes de los postulantes se imprimirán por el mismo Sistema Informático.

Art. 15º.- Al finalizar el examen se dará a conocer la Plantilla con la clave de respuestas correctas.

Art. 16º.- El alumno podrá presentar sus reclamos ante las autoridades de la Facultad en un plazo de dos horas a partir de la exhibición de las claves de respuestas.

Art. 17º.- La corrección de las hojas de respuestas se hará después de 2 (dos) horas de concluido el examen.

Art. 18º.- El proceso de corrección de los exámenes se cumplirá dentro de la más absoluta reserva, únicamente con la presencia de las personas autorizadas para el ingreso al recinto del Centro de Cómputos.

Art. 19º.- Los presidentes de los Tribunales Examinadores serán nombrados por Resolución del Consejo Directivo, así como sus respectivos colaboradores, a propuesta del Decano.

III. DEL INGRESO. EL COMITE DE ADMISION

El Comité de Admisión estará presidido por el Decano o un coordinador designado por el Decano, un Secretario General y los organismos auxiliares designados por estos para el buen desarrollo del Examen de Ingreso.

Art. 1º.- Queda establecido para la Carrera de Derecho en la Sede Central el Número de 600 (seiscientas) plazas. En las secciones de Caacupé, Quiindy y las filiales de la facultad de San Juan Bautista Misiones, Coronel Oviedo y Pedro Juan Caballero el número de 100 (cien) plazas para cada una de las sedes respectivas.

Art. 2º.- Queda establecido para la Carrera de Notariado el número de 100 (cien) plazas, únicamente en la Sede Central.

Art. 3º.- Queda establecido para las Carreras de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, el número de 100 (cien) plazas, únicamente en la Escuela de Ciencias Sociales y Políticas.

Art. 4º.- El postulante para la Carrera de Derecho deberá indicar en la hoja de respuesta la Sede que le corresponde.

Art. 5º.- Al terminar el examen de ingreso se labrará el acta final por triplicado; en el caso de la carrera de Derecho iniciará la lista, con el postulante de mayor puntaje, siguiendo en orden decreciente, hasta completar los 599 (quinientos noventa y nueve) ingresantes. Para el caso en que el número de postulantes por razón de puntaje fijado supere el número de 600 (seiscientos) se procederá de la siguiente forma:

a) Se confeccionará una lista de ingresantes de modo que la misma encabece el postulante que haya obtenido el mayor puntaje y en el orden decreciente de acuerdo al puntaje 599 (quinientos noventa y nueve), en la forma como se indica a continuación, se procederá al desempate, haciéndose acreedor de la plaza número 600 (seiscientos) el postulante que obtuviese mayor calificación en este orden de preferencia:

a) Iniciación a las Ciencias Jurídicas, Sociales y Políticas.

b) Historia de las Instituciones Jurídicas, Sociales y Políticas.

c) Introducción a la Filosofía.

d) Historia del Paraguay.

e) Comunicación Oral y Escrita.

Art. 6º.- Queda Establecido que las plazas a ser ocupadas en las Secciones y Filiales del interior para la carrera de Derecho, serán el resultado de los mejores puntajes obtenidos de los puntos obtenibles, a partir del mejor rendimiento en el único examen global para todos los postulantes en la Sede Central, filiales y secciones de la facultad, en escala decreciente hasta completar las 100 (cien) plazas dispuestas para las secciones y filiales hasta la finalización del listado con el puntaje obtenido por el postulante número 600 (seiscientos) que completa la última plaza en la sede central.

Art. 7º.- De no llenarse las plazas habilitadas para las Secciones y Filiales en el interior del país, el Honorable Consejo Directivo dispondrá de las plazas vacantes conforme a los mejores puntajes obtenidos por los postulantes.

Art. 8º.- Constituyen faltas a ser sancionadas:

a) El fraude de cualquier tipo, comprobado fehacientemente, que debe constar en acta.

b) Cualquier acto de indisciplina, que atente contra la integridad física o moral de algún miembro del Comité de Admisión u otro postulante.

c) Cualquier perjuicio ocasionado a los bienes de la facultad.

Art. 9º.- El Comité de Admisión, el Decano, el Consejo Directivo podrán aplicar las siguientes sanciones:

-Apercibimiento por escrito.

- Separación de la lista de postulantes para el ingreso a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Art. 10º.- Quedará eliminado del examen en curso el alumno que:

a) No marque correctamente o deje de marcar, en la hoja de respuestas, el número de Cédula de Identidad.

b) No marque correctamente o deje de marcar, en la hoja de respuestas, el número de fila que se le haya asignado en el examen.

c) No se presentara en la fecha u hora establecidas para el examen, cualquiera sea fuese el motivo. No serán admitidas justificaciones de ausencias. La calificación del postulante ausente en el examen equivale a un puntaje igual a 0 (cero).

d) Formulase consulta a otro postulante durante el desarrollo del examen.

e) Falseara su identidad personal o hiciera rendir a otra persona en su reemplazo.

f) Introdujese en el aula donde se lleva a cabo el examen, cualquier material de información sobre los temas de exámenes.

Art. 11º.- La calificación será estrictamente la resultante de la lectura electrónica efectuada en la hoja de respuestas que el postulante hubiera depositado en la urna.

Art. 12º.- Cualquier falta o deficiencia en la marca, que impida el proceso de corrección por computadora, será exclusiva responsabilidad del postulante y ocasionará la pérdida de la validez del punto.

Art. 13º.- Un puntaje igual a 0 (cero) implica la eliminación del examen.

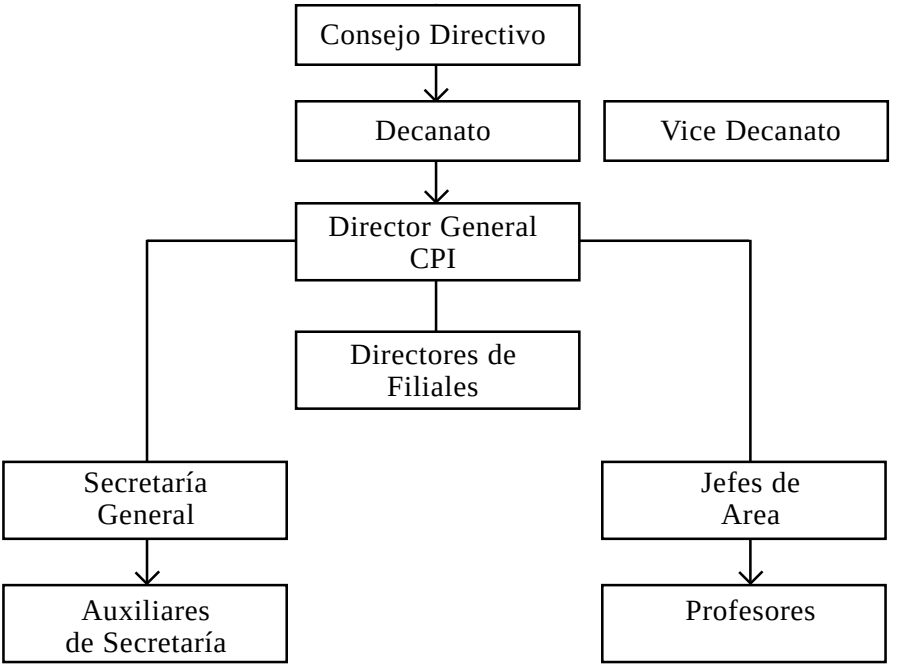
Art. 14º.- El fraude por parte del postulante significará su inmediata exclusión del examen en curso, la anulación de los puntos acumulados si los hubiera y la exclusión del mismo de la lista de postulantes.

Art. 15º.- Para el ingreso al recinto del examen, el postulante deberá estar munido de su cédula de identidad civil, debiendo estar en condiciones de exhibirla durante el transcurso del examen. Quien no contara con este requisito no podrá participar del examen en curso, salvo expresa autorización de las autoridades del Comité de Admisión.

Art. 16º.- Los postulantes deberán presentarse a la hora fijada para el examen con la debida puntualidad. Una vez iniciado el mismo, el ingreso o egreso de personas será restringido solamente al personal autorizado.

Art. 17º.- El desarrollo del examen se llevará a cabo en el lugar que determinen las autoridades del Comité de Admisión.

ORGANIGRAMA



FUNCIONES

CARGO: DIRECTOR GENERAL DEL CURSO PROBATORIO DE INGRESO

1- **Dependencia**: Decano de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

2- **Dependientes**: Directores del C.P.I. de Filiales, Secretario del Curso, Jefes de Areas y Profesores.

3- **Atribuciones y deberes**:

3.1- Planificar, organizar, coordinar, dirigir y controlar las diferentes actividades del proceso enseñanza aprendizaje del C.P.I.

3.2- Proponer al Decano el nombramiento del personal administrativo, Jefes de áreas, profesores de la sede central y filiales.

3.3- Cumplir y hacer cumplir las disposiciones del reglamento del C.P.I., del reglamento de la Facultad, así como las disposiciones de las autoridades universitarias

3.4- Convocar a reuniones académicas, a directores de filiales del C.P.I., jefes de área y profesores de la Sede Central.

3.5- Trazar el planeamiento y el cronograma de pasantías con los Jefes de áreas para las distintas sedes del C.P.I.

3.6- Presentar al Decano propuestas de modificaciones en los planes y programas de estudios.

3.7- Acudir a las reuniones convocadas por el decano.

3.8- Velar por el mantenimiento del edificio, sus servicios e instalaciones así como el mobiliario de la institución.

3.9- Fiscalizar la aplicación y corrección de las pruebas parciales y del examen habilitante.

3.10- Coordinar las actividades académicas de diferentes índoles (paneles, debates, charlas, seminarios) que complementen el desarrollo de los planes y programas del C.P.I.

3.11- Dar atención y tratamiento a todos los problemas generados en el sector estudiantil o docente referentes al área académica.

Requisitos para ocupar el cargo

Ser de nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido 30 años de edad, poseer el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y haber ejercido la docencia universitaria como profesor del Escalafón de acuerdo a la Carta Orgánica de la Universidad.

CARGO: SECRETARIO DEL C.P.I.

1. Dependencia: Director general del C.P.I.

2. Dependientes: Auxiliares de Administración.

3. Deberes y Atribuciones:

3.1- Supervisar, controlar y supervisar la preparación de disposiciones, resoluciones y otros documentos del C.P.I.

3.2- Velar por el normal funcionamiento de las distintas actividades académicas.

3.3- Dar a conocer las instrucciones impartidas por la Dirección General del C.P.I.

3.4- Trazar y dar a conocer el horario de actividades académicas de cada profesor.

3.5- Revisar y preparar las documentaciones y correspondencia del director.

3.6- Atender las consultas de docentes, estudiantes y personal administrativo sobre aspectos académicos y administrativos.

3.7- Preservar los bienes asignados a su cargo para el cumplimiento específico de sus funciones.

3.8- Comunicar al Superior inmediato y a requerimiento de este las actividades realizadas en el área específica de sus funciones.

3.9- Custodiar el Archivo General, el Sello Oficial y los Libros de Actas.

3.10- Atender la publicidad de las resoluciones referentes al C.P.I.

Requisitos para ocupar el cargo

Idoneidad para ejercer el cargo, avalada por certificados que acrediten su experiencia en la docencia y manejo de grupos de estudiantes y equipos de docente.

CARGO: JEFE DE AREA

1. Dependencia: Director general del C.P.I.

2. Dependientes: Profesores del área de su competencia

3. Deberes y Atribuciones:

3.1- Planificar y cronogramar el desarrollo del contenido programático de la materia a su cargo.

3.2- Convocar periódicamente a reuniones con los profesores de áreas para:

- ajustar el cronograma
- dar orientaciones específicas
- recibir sugerencias
- evaluar el desarrollo del programa

3.3- Elevar informes periódicos a la Dirección General del C.P.I.

3.4- Proponer a la Dirección General del C.P.I. la nómina de profesores que puedan aportar su concurso en la cátedra respectiva.

3.5 -Asistir a las reuniones convocadas por el Director General del C.P.I.

3.6- Cumplir con el cronograma de pasantías en las sedes y filiales de la Facultad

3.7- Presentar informe de lo actuado en cada una de las actividades realizadas para el cumplimiento de sus funciones.

3.8 - Elaborar y administrar las pruebas formativas del C.P.I. y el examen habilitante para el examen de ingreso.

3.9- Elaborar los itemes referentes a su área para el Examen de Ingreso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

3.10- Mantener en estricta reserva el contenido de los temas referentes al examen de ingreso, siendo él mismo único responsable de la guarda y custodio de los mismos.

3.11- Velar por el cumplimiento del horario de trabajo de cada profesor a su cargo.

3.12- Visitar cada una de las aulas y dar las orientaciones necesarias sobre el contenido programático y el Examen de Ingreso.

3.13- Controlar los libros de cátedra de cada profesor con el fin de fiscalizar el desarrollo de los contenidos del programa de estudios.

Requisitos para ocupar el cargo

Preparación académica suficiente para el desarrollo de los contenidos programáticos de su materia, respaldada por títulos y certificados que prueben los estudios pertinentes, los cargos similares ocupados y una experiencia docente de no menos de 5 años en el ejercicio de la docencia en el área respectiva.

CARGO: PROFESOR ENCARGADO DE CATEDRA

1- **Dependencia**: Jefe de área.

2- **Deberes y Atribuciones**:

2.1- Cumplir con el cronograma del desarrollo del programa del área de su competencia, proveído por el Jefe de área respectiva.

2.2- Asistir puntualmente a las clases establecidas en el horario de trabajo proveído por la secretaria del C.P.I. y completar convenientemente el libro de cátedra.

2.3- Preparar convenientemente cada tema a ser desarrollado.

2.4- Proveer a los alumnos de la bibliografía recomendada para el desarrollo de la materia.

2.5- Informar al Jefe de área de las actividades académicas cumplidas.

2.6- Aplicar las pruebas formativas elaboradas por el Jefe de área.

2.7- Colaborar con el banco de ejercicios para exámenes de acuerdo con los pedidos del Jefe de área.

2.8- Administrar el examen de habilitación, conjuntamente con todo el personal designado para dicha actividad.

2.9- Comunicar con la debida antelación las ausencias a clase y justificarlas de acuerdo con las disposiciones establecidas en el reglamento de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

2.10- Asistir puntualmente a las reuniones convocadas por el Jefe de área.

Requisitos para ocupar el cargo

Preparación académica suficiente para el desarrollo de los contenidos programáticos de la materia a su cargo. Respaldada por títulos y certificados que acrediten los estudios superiores realizados, con experiencia docente de no menos de 3 años en el ejercicio de la docencia.

FACULTAD DE DERECHO: INNOVACIONES PREVISTAS PARA EL AÑO 2005

En el marco del mejoramiento de la calidad educativa, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales promueve para el futuro planes integrales de actualización y un continuo incremento de la participación de los Directivos, Docentes y alumnos/as en las actividades Académicas, con la finalidad de ofrecer graduados creativos y emprendedores, partiendo de una formación avanzada abierta y responsable, extenderse hacia la problemática social y transferir los conocimientos jurídicos con alta calidad y exigencia, a la mayor cantidad de ciudadanos que requieren los servicios permanentes de una asesoría jurídica con conocimientos especializados en las diferentes áreas: Comercial, Penal, Civil, Laboral Tributario y otros. Sobre la base de una superación pedagógica integrado en los Planes de Estudios.

Consiente de la misión profesional de sus egresados/as en colaborar con la administración de la justicia y otros en el cumplimiento de la leyes, la Dirección Académica como brazo de la organización Institucional conjuntamente con el departamento de apoyo Técnico Pedagógico, Equipo Técnico, Asistentes Académicos y Pedagógicos, planifica, coordina, complementa, promueve y evalúa actividades Académicas y culturales que contribuyan a mejorar la formación integral de la comunidad Educativa de la Facultad, implementando Proyectos Educativos Institucionales de largo alcance, a fin de continuar creciendo de manera ordenada, mantener altos estándares de calidad en sus servicios e integrarse a un mundo globalizado en que la Educación Superior esta sujeta a constantes transformaciones.

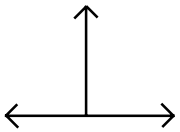
La Dirección Académica elabora propuestas de acción en función a promover el desarrollo de la competitividad a través de la organización de encuentros pedagógicos, seminarios, talleres entre los docentes y alumnos/as de la institución, formar profesionales para desempeñarse en la Practica Tributaria, la Magistratura, la Consultarla, la Docencia y otros, con posibilidades de aplicación en la Diplomacia, la Política de Estado y la Legislatura en el marco del más alto contenido ético y de la responsabilidad de su misión.



PEI
PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL

AREA PROYECTO ACADEMICO

Planes de Estudios de las distintas Carreras
Proceso de Enseñanza
Normas de Convivencia y aspecto Ambientales
Perfil del egresado
Programas actualizados y unificados y otros



con sus componentes

AREA PERSONAS

Directivos
Docentes
Alumnos/as
Comunidad Educativa

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Dirección de Cursos de Postgrado

CURSO DE DOCTORADO

He aquí las horas-cátedra desarrolladas, de las asignaturas Metodología de la Investigación Científica e Historia del Derecho, desde el 8 de octubre hasta el 18 de diciembre del año 2004, ante sesenta doctorandos.

Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa	6 horas
Prof. Dra. Stella Samaniego de Centurión	22 horas
Lic. José Manuel Reyes Tello	14 horas

Historia del Derecho

Prof. Dr. Secundino Núñez	8 horas
Prof. Dr. Fernando Barriocanal	6 horas
Prof. Dr. Luis Lezcano Claude	14 horas
Prof. Lic. Manuel Páez Monges	

Dr. Ubaldo Centurión Morínigo
Director del Curso de Doctorado

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN CIENCIAS SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS POLÍTICAS

Director
Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo

Para los jóvenes con espíritu de superación abiertos al futuro.
Nuevas posibilidades de desarrollo personal y profesional con proyección humanística en respuesta a los desafíos del siglo XXI.

¿Porqué estudiar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales?

Queremos renovar nuestro compromiso con la excelencia académica, que en este tiempo de cambios vertiginosos supone animoso esfuerzo, arduo trabajo y una nueva mentalidad. El país, nuestra región y el mundo, necesitan una Universidad dinámica, preparada para liderar las transformaciones positivas y superar las distorsiones.

Asumimos el desafío constante por elevar los niveles de calidad, para formar hombres y mujeres de ciencia y conciencia.

De nuestra parte, ello implica una actitud decidida, en la búsqueda de la verdad y la promoción integral del hombre, mediante la formación social, científica y profesional de los estudiantes y su compromiso con la política como herramienta de transformación y búsqueda de la justicia social, a través de una conducta honesta y principista.

Objetivos de las Carreras

Formar profesionales capaces de analizar críticamente el origen de la estructura y los cambios de los fenómenos sociales.

Brindar los conocimientos para abordar los principales enfoques teóricos, metodológicos y técnicos desarrollados en el campo de las Ciencias Sociales.

Promover una evaluación crítica de planificar acciones y de intervenir activamente en el espacio socio-político.

Lograr en egresado capaz de planificar acciones y de intervenir activamente en el espacio socio-político.

Fomentar una actitud de trabajo interdisciplinario en proyectos sociales.

Ciencias Sociales

El Licenciado en Ciencias Sociales es un especialista en el análisis científico de los grupos de instituciones sociales y su interacción, trabajos de análisis de mercado, encuestas de opinión, sondeos de grupo.

Utiliza técnicas diversas, como entrevistas, encuestas y realiza análisis estadísticos para obtener estimaciones y predicciones.

Podrá actuar como técnico en evaluación y planificación de programas sociales en áreas tales como el desarrollo socioeconómico, la planificación regional, rural y urbana, las relaciones industriales, investigación de mercado, criminología, demografía, ecología social.

Puede colaborar en la solución de problemas sociales, con legisladores, educadores y abogados.

Realiza, asimismo, tareas relacionadas con medios de comunicación social, urbanización, normas de asignación de salarios en empresas.

Actividades interdisciplinarias en el campo del Servicio Social, Sociología Cultural, Psicología, Sociología Médica, y otros; como realizador específico de los estudios de campo.

Ciencias Políticas

El licenciado en Ciencias Políticas es un líder eficaz en la investigación y la docencia dentro y fuera del país, fundamentalmente a nivel universitario.

Puede actuar en labores de asesoría en los procedimientos corrientes de elaboración política, articularmente en lo que se refiere a las programaciones públicas y en lo que interesa a las entidades colectivas de acción social. Puede desarrollar actividades de carácter político al mayor nivel de conducción, ya sea en la praxis concreta o en el orden teórico.

Realizar labores gradualmente protagónicas en los medios de comunicación social (diarios, revistas, radios y televisión).

Asesora a empresas públicas o privadas, grupos y asociaciones, o cualquier otro interés sectorial, por la necesidad que tienen de conocer el contexto político para poder comportarse adecuadamente.

Desempeña tareas técnicas de asesoramiento y función en los tramos superiores del gobierno, la Administración Pública Nacional y el Poder Legislativo. Ingresa al Servicio Exterior de la Nación con idoneidad y conocimiento vasto de la problemática internacional.

Desarrolla actividades en organismos internacionales, gubernamentales y no gubernamentales.

Asume responsabilidades en empresas dedicadas a campañas políticas, imagen y discurso político, mediación de la opinión pública y encuestas políticas.

Es un hombre sensible a las exigencias del bien común. Tiene conciencia de los deberes de solidaridad y el compromiso del Estado y de la comunidad con la causa de la justicia social.

Plan de Estudios

En concordancia con las exigencias académicas de las Universidades del MERCOSUR el Plan de estudios consta de:

a) Un Ciclo Básico Común de dos años de duración que contiene siete asignaturas obligatorias, en cada curso.

b) Dos Cursos de Especialización de dos años de duración para cada carrera, que contiene ocho asignaturas obligatorias.

c) Cada carrera completará 3.100 horas-cátedra.

PROGRAMA DE ESTUDIO

Ciclo Básico Común

Primer año: Introducción a las Ciencias Sociales, Metodología de las Ciencias Sociales, Nociones del Derecho, Elementos de Estadística, Historia del Pensamiento Social y Político I, Idioma Extranjero I. Idioma Guaraní I, Seminario I y Seminario II.

Segundo año: Teoría Social, Investigación Socia, Estadística Social, Desarrollo Económico Social, Historia del Pensamiento Social y Político II, Idioma Extranjero II, Idioma Guaraní II, Seminario I y Seminario II.

Ciencias Sociales

Tercer año: Sociología Rural, Sociología Urbana, Comunicación Social, Grupos Sociales, Métodos Sociológicos, Estructura Social, Idioma Guaraní III, Idioma Extranjero III, Seminario I y Seminario II.

Cuarto año: Sociología Rural, Antropología, Sociología del Desarrollo, Cambio Social, Psicología Social, Análisis Social, Idioma Guaraní IV, Idioma Extranjero IV, Seminario Taller para la Elaboración de Tesis.

Ciencias Políticas

Tercer año: Historia de las Ideas Políticas I, Teoría Política, Derecho de la Integración, Administración Pública, Proceso Político, Derecho Constitucional, Idioma Guaraní III, Idioma Extranjero III, Seminario I y Seminario II.

Cuarto año: Historia de las Ideas Políticas II, Política Nacional, Derecho y Relaciones Internacionales, Organismos Internacionales, Política Empresarial, Geopolítica, Idioma Guaraní IV, Idioma Extranjero IV, Seminario I, Seminario Taller para la Elaboración de Tesis.

BIBLIOTECA CARLOS ANTONIO LOPEZ

LA BIBLIOTECA CARLOS A. LÓPEZ DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U.N.A. cumple con un rol muy importante al cooperar en la formación de los estudiantes a través de las fuentes de información con que cuenta y de la adecuada orientación que brinda en el campo de la investigación científica.

Los lectores que acuden a la misma, encuentran amplios espacios, cómodos y refrigerados, con muebles apropiados para la lectura.

Infraestructura

Salas de lectura refrigeradas, con capacidad para más de 100 personas con horario continuado de 7:30 a 20:30hs.

Estantes con dos niveles con capacidad para:

Salón Principal	40.000 Volúmenes
Biblioteca Especial	7.000 Volúmenes
Sala Mediana	5.000 Volúmenes

Espacio Principales

Hall	80 mts2.
Salón Principal	300 mts2.
Sala Mediana	50 mts2.
Salas Auxiliares de estudio	30 mts2.
Areas de Apoyo y Servicios – Baños	50 mts2.
Dos Salas Audiovisuales de 80mts.2 c/u	160 mts2.

Bibliografía

Cuenta actualmente con 12.000 volúmenes que incluyen bibliografías de derecho en todas sus ramas (derecho político, derecho internacional publi-

co y privado, derecho marítimo, derecho aeronáutico, derecho humanos, derecho ambiental, derecho administrativo, derecho civil personas, cosas, obligaciones, contratos, sucesiones, derecho penal parte general y especial, derecho procesal civil penal y laboral, derecho mercantil, constitucional, derecho notarial, etc.) además textos de Economía Política, Finanzas, Tributario, Quiebras, entre otros. Asimismo contamos con textos sobre Filosofía, Deontología, Sociología, Ciencias Sociales, Ciencias Políticas, Literatura (nacional y extranjera) Historia de las civilizaciones, Historia del Paraguay, Metodología de la Investigación, Medicina Legal, Jurisprudencia, Enciclopedias y Diccionarios Jurídicos y de Cultura General, Códigos, Constituciones nacionales y extranjeros, Revistas varias, etc.

Las fuentes de información se obtienen por compra y por donaciones.

Estos últimos años la biblioteca se ha enriquecido con las adquisiciones de importante número de textos y con las donaciones efectuadas por el Dr. ALEJANDRO GATTI, los profesores de la Facultad y las diversas Instituciones que de esta forma contribuyen a enaltecer la bibliografía existente.

Igualmente es destacable el servicio que ofrece la bliblioteca “JUAN JOSE SOLER” que funciona en la antigua sede de la Facultad, en la calle Mcal. Estigarribia y Yegros, donde funciona los cursos de Post Grado. Esta Biblioteca cuenta con 4.000 ejemplares.

El Dr. JUAN JOSE SOLER, fue un destacado Profesor de esta casa de Estudios.

La colección de la Biblioteca Carlos A. López se halla clasificada conforme a las reglas técnicas de esta área y automatizada, para la rápida localización de la información.

Objetivos

Enriquecer continuamente el fondo bibliográfico en función a los intereses de los usuarios

Promover el intercambio de la información a nivel nacional e internacional.

Conservar en buen estado la colección existente

Registrar las fuentes bibliograficas recibidas para un adecuado control.

Revisar asiduamente la información de los libros para interiorizarse de su contenido

Organización

La buena organización se basa en:

La correcta orientación a los lectores y la eficaz recuperación de la información en el momento oportuno.
La cooperación bibliotecaria.
Excelente atención a los usuarios
Estadística de textos consultados.
Estadística de lectores
Bibliografía existente

Servicios

Atención y Orientación a los lectores.
Reprografía (Fotocopias).
Sala de Informática.
Sala de procesos técnicos (clasificación y catálogos de textos).
Sala de Hemeroteca.
Dos amplias salas para Conferencias y audio visuales con capacidad para 100 personas cada una.
Salas independientes para la lectura en grupo.
En proceso de habilitación se encuentra la sección de circulación (préstamos de textos) a los profesores y estudiantes de la facultad.

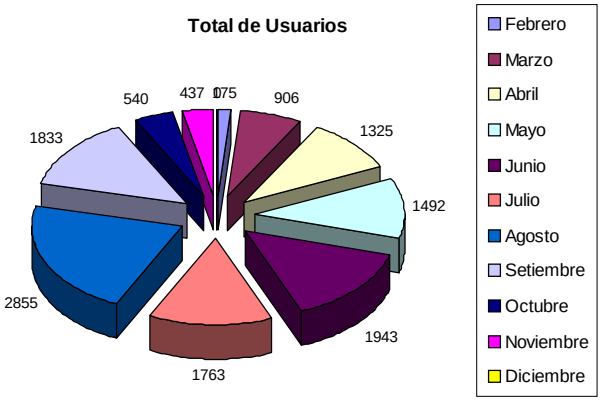
Funcionarios de la Biblioteca Carlos A. López

Directora
Abog. Ana María Amidey

Funcionarios
Andrés Sosa
Christian A. Gill M.
Lourdes Paradeda
Mirtha Núñez
Nelson Echauri
Rossana Recalde
Domitila Ozuna
Fernando Ruiz
Beatriz Espínola

Estadísticas de Usuarios 2004

Mes	Cantidad
Febrero	175
Marzo	906
Abril	1325
Mayo	1492
Junio	1943
Julio	1763
Agosto	2855
Setiembre	1833
Octubre	540
Noviembre	437
Diciembre	0
TOTAL	**13269**



Estadísticas de textos consultados 2004

MES	AUTORES	DICCIONARIOS		REV. JURID.		REC. DE PERIOD	
		EJEMPLARES		TESIS	GACETA JUD.		FOTOCOPIAS
Febrero	329	402	0	0	27	0	7	0
Marzo	1041	1212	86	2	55	0	0	0
Abril	1859	2255	70	3	234	41	18	0
Mayo	2279	2556	109	9	440	44	5	0
Junio	2736	3030	125	5	260	9	10	0
Julio	2707	2900	69	8	68	7	7	0
Agosto	4928	5567	113	13	131	8	19	3564
Setiembre	2704	3006	62	8	72	5	32	3212
Octubre	613	667	20	5	4	0	8	456
Noviembre	486	543	34	0	10	0	0	606
Diciembre	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL	**19682**	**22138**	**688**	**53**	**1301**	**114**	**106**	**7838**

